

Omstøtelse i konkurs:

**En sammenligning mellom disposisjoner som rammes av
utilbørighetsvilkåret i dekningsloven § 5-9 og disposisjoner som
rammes av dekningslovens objektive omstøtelsesregler.**

Kandidatnummer: 507

Leveringsfrist: 25.04.08

Til sammen 17.962 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av temaet for avhandlingen, samt avgrensninger	1
1.1.1	Hva er omstøtelse?	1
1.1.2	Skillet mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler	3
1.2	Nærmere presisering av temaet og den overordnede problemstillingen	5
1.3	Rettskildesituasjonen	6
1.4	Fremstillingen videre	7
<u>2</u>	<u>EN NÆRMERE PRESENTASJON AV KRAVENE TIL DISPOSISJONENS ART</u>	<u>8</u>
2.1	Disposisjonstyper som rammes av de objektive omstøtelsesregler	8
2.2	Generell redegjørelse for innholdet av utilbørighetsvilkåret i § 5-9	10
2.2.1	Den tidligere rettstilstanden	10
2.2.2	Nærmere om vilkåret i § 5-9	11
2.2.3	Momenter ved utilbørighetsvurderingen	12
<u>3</u>	<u>DISPOSISJONER SOM ETTER SIN ART FALLER INNENFOR DE OBJEKTIVE REGLER</u>	<u>22</u>
3.1	Generelt om jevnføringen til de objektive reglene	22
3.2	Betydningen av tidsmomentet	23
3.3	Eksempler på sammenfall	24
3.4	Betydningen av debitors økonomiske stilling	28
3.5	Mulige unntak fra formodningen om sammenfall	30

3.5.1	Kan det være utilbørlig å ta utlegg?	30
3.5.2	Kan det være utilbørlig å skaffe rettsvern?	33
3.6	Betydningen av formildende momenter	37
3.6.1	Eksempel: Måten fordringshaverens krav er oppstått	37
3.6.2	Skille mellom kreditorbegunstigelser og aktivaunndragelser	38
3.7	Oppsummering	40
<u>4</u>	<u>DISPOSISJONER SOM ETTER SIN ART FALLER UTENFOR DE OBJEKTIVE REGLER</u>	<u>41</u>
4.1	Innledning	41
4.2	De objektive reglenes betydning	41
4.3	Disposisjoner som grenser til de objektive reglene	42
4.3.1	Subjektiv omstøtelse av kongruente betalinger - forholdet til begrensningen i § 5-5	43
4.3.2	Forholdet til ordinærreservasjonen	45
4.3.3	”Trekantforhold”	52
4.4	Disposisjoner som faller helt utenfor de objektive reglene	57
4.4.1	Enkelte former for aktivaunndragelser	57
4.4.2	Enkelte former for kreditorbegunstigelser	58
4.4.3	Gjeldsforøkelser	61
4.5	Oppsummering	62
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>63</u>
5.1	Konklusjon på problemstillingen	63
5.2	Avsluttende betraktninger	63
<u>6</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>66</u>
6.1	Lovforarbeider	66

6.2	Domsregister	66
6.3	Litteraturliste med forkortelser	67

1 Innledning

1.1 Presentasjon av temaet for avhandlingen, samt avgrensninger

1.1.1 Hva er omstøtelse?

Temaet for avhandlingen knytter seg til omstøtelsesreglene i dekningslovens kapittel 5. Dette er regler som kommer til anvendelse både ved ”forhandling om tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo”, jfr. dekningsloven § 5-1. Avhandlingen avgrenses imidlertid til kun å gjelde konkurssituasjonen.

I en konkurssituasjon vil konkursdebitors kreditorer ønske å få så god dekning for sine krav som mulig. Omstøtelsesreglene er regler som kan påberopes for å få tilsidesatt disposisjoner foretatt før boåpningen. Disse reglene kommer i tillegg til kreditorenes mulighet til å påberope seg at disposisjonen for eksempel er ugyldig eller mangler rettsvern.¹

Formålet med omstøtelsesreglene er å motvirke at boet tømmes for aktiva forut for konkursåpningen.² For det første rammer reglene *boforringende* disposisjoner, dvs.

¹ Andenæs s. 215, Huser s. 30-31

² Andenæs s. 216

disposisjoner som medfører at debtors aktiver reduseres eller gjelden økes.³ Bakgrunnen for dette er det synspunkt at en insolvent debitor i realiteten driver for sine kreditors regning.⁴ For det andre rammes *kreditorbegunstigelser*, dvs. disposisjoner som på en eller annen måte medfører en forfordeling av kreditorene.⁵ Dette har sammenheng med at omstøtelsesreglene hviler på et prinsipp om likebehandling av konkursdebtors alminnelige kreditorer.⁶

Ivaretagelse av disse hensynene oppnås ved omstøtelsesreglenes to ulike funksjoner.⁷ For det første har reglene en *reparativ funksjon*. I dette ligger at hvor det *er* foretatt kreditorbegunstigende eller boforringende disposisjoner, bidrar reglene til å gjenopprette status quo. For det andre har reglene en *preventiv funksjon*, dvs. at de fungerer som et ris bak speilet for debitor og andre, og bidrar til at det ikke fremstår som like fristende å foreta denne typen disposisjoner. På denne måten er omstøtelsesreglene med på å sikre en rettferdig fordeling mellom konkursdebtors kreditorer.

Avhandlingen vil knytte seg til reglene i dekningslovens §§ 5-2 til 5-9 hvor vilkårene for omstøtelse er angitt. Generelt er disse bestemmelsene bygget opp slik at det for det første gis en beskrivelse av gjenstanden for omstøtelse, dvs. en angivelse av hvilken type disposisjon som kan omstøtes etter regelen. For det andre gis det en angivelse av omstøtelsesperioden, dvs. når en disposisjon tidligst må være foretatt for at den kan omstøtes. Noen av reglene oppstiller også ytterligere vilkår. Virkningen av at vilkårene for omstøtelse er oppfylt, følger av andre regler (§§ 5-11 og 5-12).

³ Huser s. 49

⁴ Johansen s. 237

⁵ Huser s. 49

⁶ Johansen s. 237

⁷ Huser s. 49, Andenæs s. 216, Johansen s. 237

1.1.2 Skillet mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler

Omstøtelsesreglene kan deles inn i to kategorier; de *objektive* og de *subjektive*. De objektive omstøtelsesreglene finnes i dekningslovens §§ 5-2 til 5-8. Foruten disse reglene finnes det en særregel i Forsikringsavtalelovens § 6-12. Avhandlingen vil imidlertid avgrenses til kun å omhandle dekningslovens regler. Hovedreglene i disse bestemmelsene er retts teknisk relativt enkle regler hvor det angis visse spesifikke typer disposisjoner som kan omstøtes om de er foretatt innenfor de fristene som oppstilles. Reglens enkle karakter innebærer at bevisetemaet ved en påberopelse av disse reglene ikke vil være særlig omfattende. Mangelen på ytterligere vilkår har sammenheng med at de disposisjonstyper som omfattes av reglene, formodes å være insolvensmotiverte og kreditorskadelige når de er blitt foretatt på et tidspunkt som er så nært opptil tidspunktet for debtors konkurs.

De subjektive omstøtelsesreglene karakteriseres ved at de stiller krav til kreditors subjektive forhold. Hovedbestemmelsen i denne kategorien er dekningslovens § 5-9, men også § 5-6 inneholder subjektive omstøtelsesregler. De spesielle reglene i § 5-6 vil imidlertid ikke bli viet stor oppmerksomhet i avhandlingen. Det vil derfor være regelen i § 5-9 det siktes til når betegnelsen 'den subjektive omstøtelsesregel' blir brukt. Regelen i § 5-9 er mer generell og mer kompleks enn de objektive reglene, og har dessuten en atskillig lengre frist. Regelens mer generelle karakter vises ved dens angivelse av gjenstanden for omstøtelse. Denne beskrives som "disposisjoner" som enten innebærer en kreditorbegunstigelse, en aktivaunndragelse eller en gjeldsforøkelse. Lovens formuleringer er svært omfattende. Det kan således vanskelig tenkes kreditorskadelige, omstøtelsesverdige disposisjoner som ikke vil være omfattet av dem.⁸ Men ved at bestemmelsen oppstiller ytterligere vilkår, blir også regelen mer kompleks og rammen for de omstøtelsesverdige disposisjoner innsnevres.

⁸ Huser s. 484

Følgende tilleggsvilkår må være oppfylt for at den aktuelle disposisjon skal kunne omstøtes etter § 5-9:

- Den aktuelle kreditorbegunstigelse, aktivaunndragelse eller gjeldsforøkelse må ha skjedd på en ”utilbørlig måte”
- Debtors økonomiske stilling må ha vært ”svak” eller blitt ”alvorlig svekket ved disposisjonen”
- Kreditor må ha utvist skyld. Det kreves at han ”kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.”
- Den aktuelle disposisjon må ha medført tap for kreditorfellesskapet.⁹

Disse tilleggsvilkårene medfører at bevistemaet ved en påberopelse av § 5-9 som hjemmel for omstøtelse, vil være atskillig mer omfattende sammenlignet med bevistemaet ved påberopelse av en objektiv regel.

Skillet mellom de objektive reglene på den ene siden og § 5-9 på den andre viser seg også med hensyn til virkningen av omstøtelse, jfr. henholdsvis §§ 5-11 og 5-12. Til gjengjeld for at de objektive reglene er knyttet til relativt enkle kriterier, fastslås det i § 5-11 at omstøtelseskravets omfang skal begrenses til den berikelse den annen part har oppnådd ved disposisjonen. Ved omstøtelse etter § 5-9 gjelder derimot ingen slik begrensning. Her kan boet kreve å få erstattet dets fulle tap som følge av den omstøtelige disposisjon, jfr. § 5-12. Omfanget av boets krav er m.a.o. angitt som et erstatningskrav. Dette har sammenheng med skyldkravet som stilles i § 5-9. Den alminnelige subjektive omstøtelsesregel er således en form for erstatningsregel. Temaet for avhandlingen begrenses imidlertid til kun å gjelde vilkårene for omstøtelse. Reglene i §§ 5-11 og 5-12 vil derfor ikke bli behandlet.

⁹ Huser s. 547-548, Andenæs s. 287, 289, 290

1.2 Nærmere presisering av temaet og den overordnede problemstillingen

Temaet for avhandlingen vil være arten av disposisjoner som kan omstøtes etter dekningslovens regler. Mer presist er det innholdet i tilleggsvilkåret – eller merkravet – om utilbørlighet i § 5-9 som vil bli gjort til gjenstand for drøftelse. Da den generelle angivelsen av disposisjoner som vil være omstøtelige etter § 5-9 som nevnt nærmest er altomfattende, er det rammene for hva som skal anses som ”utilbørlig” i lovens forstand som hovedsakelig setter grensene for hvilke typer disposisjoner som kan omstøtes etter regelen, forutsatt at de øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt. I det følgende vil grensene for hva som er å anse som utilbørlig i § 5-9’s forstand, og således bestemmelsens angivelse av de omstøtelsesverdige disposisjoner, bli holdt opp mot de disposisjoner som rammes av de objektive omstøtelsesreglenes mer spesifikke regler. Å foreta en slik sammenligning er svært interessant. Som det fremholdes i forarbeidene, vil § 5-9 i praksis *”først og fremst blir påberopt i tilfelle hvor de objektive regler ikke fører frem – det gjelder for eksempel en disposisjon som tidmessig eller innholdsmessig faller utenfor sistnevnte regler”*¹⁰ På grunn av de objektive reglenes korte frister, vil det derfor være grunn til å undersøke i hvilken grad disposisjoner som *etter sin art faller innenfor en objektiv regel*, også vil være å anse som utilbørlig i § 5-9s forstand. Også den omstendighet at virkningene av omstøtelse på subjektivt grunnlag som nevnt kan gå lengre i boets favør enn omstøtelse etter de objektive reglene, er en grunn for å se nærmere på dette. Som det påpekes i forarbeidene, er ikke den subjektive regel subsidiær i forhold til de objektive.¹¹ Videre vil det, som det fremgår av sitatet, være grunn til å undersøke i hvilken grad disposisjoner som *etter sin art faller utenfor de objektive regler*, kan være å anse som utilbørlige. På denne måten vil det på en kausistisk måte bli kartlagt hvilke disposisjonstyper som vil kunne rammes av § 5-9.

¹⁰ NOU s. 297

¹¹ NOU s. 297

Den overordnede problemstillingen er hvorvidt utilbørighetsvilkåret i dekningslovens § 5-9 innebærer en utvidelse eller innsnevring av *kretsen av omstøtelige disposisjonstyper* sammenlignet med de disposisjonstyper som kan omstøtes etter de objektive reglene.

1.3 Rettskildesituasjonen

Som det fremgår av de innledende punkter, er avhandlingens tema lovregulert. Sammen med FAL § 16-2, gir reglene i dekningslovens kapittel 5 en uttømmende regulering av omstøtelsesadgangen for debtors konkursbo. De kasuistiske objektive reglene gir sammen med den subjektive omstøtelsesregel i § 5-9, regelverket et svært utførlig preg.

Det er tolking av lovens regler som vil besvare den ovenfor utlagte problemstilling. Ved denne lovtolkingen vil naturligvis den alminnelige juridiske metode bli anvendt. Det er imidlertid grunn til å påpeke visse særlige rettskildemessige sider knyttet til dekningslovens regler.

For det første er det grunn til å nevne at reglene er blitt til gjennom et nordisk samarbeid. Av dette følger at svenske og danske kilder vil være av interesse på dette området. Av hensyn til rammene for avhandlingen, vil det imidlertid kun i liten grad vil bli vist til slike kilder, da det norske kildematerialet er rikelig.

For det andre er det grunn til å påpeke at regelen i § 5-9 i stor grad er en kodifisering av tidligere ulovfestet rett.¹² Kilder knyttet til den tidligere rettstilstanden vil således fortsatt være relevant. Videre kan det påpekes at regelens særlige karakter i dens egenskap av å være en såkalt "generalklausul", vil prege rettskildebruken ved tolkingen av den. Særlig vil dette ha innvirkning på bruk av rettpraksis. (Se nærmere punkt 2.2.2 og 2.2.3.)

¹² NOU s. 297

1.4 Fremstillingen videre

I det følgende vil det først under punkt 2 bli gitt en innledende presentasjon av kravene som stilles til disposisjonens art i henholdsvis de objektive reglene og den subjektive regel i § 5-9. Herunder vil det bli gitt en oversikt over hvilke disposisjonstyper som rammes av de objektive omstøtelsesreglene (punkt 2.1), samt en generell redegjørelse for innholdet av utilbørighetsvilkåret i § 5-9 (punkt 2.2). Deretter vil vurderingen av mulige omstøtelsesverdige disposisjoners utilbørighet bli sett i sammenheng med om den aktuelle disposisjon etter sin art vil være omfattet av en objektiv omstøtelsesregel. Fremstillingen vil bestå av to hoveddeler. I den første delen, under punkt 3, behandles den situasjon at disposisjonen etter sin art faller *innfor* en objektiv regel. I den andre delen, under punkt 4, behandles den situasjon at disposisjonen etter sin art faller *utenfor* de objektive regler. På denne måten vil avhandlingen gi en oversikt over disposisjonstyper som kan omsøtes på subjektivt grunnlag. Av hensyn til avhandlingens omfang vil det være de mest praktiske disposisjonstyper som blir behandlet.

2 En nærmere presentasjon av kravene til disposisjonens art

2.1 Disposisjonstyper som rammes av de objektive omstøtelsesregler

For den videre drøftelsen er det nyttig å innledningsvis få en oversikt over hvilke typer disposisjoner som rammes av de objektive omstøtelsesreglene.

Som nevnt, er hovedreglene i de objektive omstøtelsesreglene i dekningsloven relativt enkle regler som angir visse spesifikke typer disposisjoner som kan omstøtes dersom de er foretatt innenfor de fristene som oppstilles. De disposisjonstyper det er tale om er gaver (§ 5-2), visse vedtak i foretaksorganer (§ 5-3), urimelig lønnsutbetaling m.m. til nærstående (§5-4), ekstraordinær gjeldsbetaling (§ 5-5), motregning (§ 5-6), sikkerhetsstillelse for eldre gjeld (§ 5-7) og utlegg (§ 5-8).

I tillegg inneholder flere av bestemmelsene særregler for konkursdebitors nærstående. Disse reglene har utvidede frister. I en del av disse reglene er anvendelsen av de utvidede fristene betinget av at det ikke bevises at debitor fortsatt var ”utvilsomt solvent” da disposisjonen skjedde. Disse særreglene vil imidlertid ikke blir gjort til gjenstand for videre drøftelser i avhandlingen.

De objektive omstøtelsesreglene kan deles inn i to grupper.¹³ Den første gruppen består av §§ 5-2 til 5-4. De disposisjoner som kan omstøtes etter disse reglene er *boforringende* disposisjoner. Blant disse er gaveregelen i § 5-2 den mest sentrale. De to andre reglene rammer visse gavelignende disposisjoner og fremstår således som presiseringer av regelen i § 5-2.

¹³ Huser s. 60-61

Den andre gruppen er de reglene som rammer de *kreditorbegunstigende* disposisjoner, dvs. disposisjoner som fører til en forfordeling av kreditorene. Denne gruppen består av §§ 5-5 til 5-8.

§ 5-5 om ekstraordinær betaling er den objektive omstøtelsesregelen som oftest blir påberopt i praksis. Bestemmelsen rammer ”betaling av gjeld”. Den aktuelle gjeldsbetalingen må dessuten falle inn under en av tre alternative tilleggsskarakteristikker. Den må enten være foretatt ”med usedvanlig betalingsmidler”, ”før normal betalingstid” eller med ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne.” Hvor betalingen faller inn under ett av de to førstnevnte alternativer, er det tale om en såkalt *inkongruent* betaling. En betaling med sedvanlig betalingsmiddel til normal betalingstid, er en *kongruent* betaling. I tillegg er det et vilkår at betalingen ”ikke fremtrådte som ordinær.”

§ 5-6 rammer visse motregningsdisposisjoner. Som allerede nevnt skiller denne regelen seg fra de andre objektive omstøtelsesreglene ved at den i tillegg inneholder subjektive regler. Da § 5-6 kun i svært begrenset grad vil bli gjort til gjenstand for videre drøftelse i avhandlingen, er det ikke grunn til å gå nærmere inn på hvilke disposisjoner som vil rammes av bestemmelsen.

§ 5-7 rammer to grupper sikkerhetsstillelser foretatt av konkursdebitor. For det første rammes det tilfellet at ”pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt” (§ 5-7(1)(a)). For det andre rammes sikkerhetsstillelsen dersom ”rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt” (§ 5-7(1)(b)).

§ 5-8 rammer utlegg, det vil si panterett kreditor har oppnådd ved hjelp av tvangsskritt. Mer presist er det utlegg etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 7 som omfattes – det som i panteloven § 5-1 litra a kalles for ”namsutlegg”.¹⁴ Arrest i henhold til tvangsloven kapittel

¹⁴ Huser s. 452

14 faller utenfor utleggsbegrepet.¹⁵ Hvorvidt skifteutlegg (panteloven § 5-1 litra b) og utleggstrekk (tvangsfullbyrdelsesloven § 7-1(2)(2)) omfattes, er omtvistet.¹⁶

2.2 Generell redegjørelse for innholdet av utilbørighetsvilkåret i § 5-9

2.2.1 Den tidligere rettstilstanden

Den subjektive omstøtelsesregel – eller *actio pauliana* som den gjerne ble kalt tidligere – har sitt opphav i et romerrettslig pretoredikt. Kreditorne kunne omstøte rettshandler som var foretatt med skyldneren, når den bevisste hensikten var å forringe kreditorenes dekningsadgang.¹⁷ I norsk rett ble den samme regelen utviklet med formelt utspring i NL 5-13-44.¹⁸ Denne regelens forløper til dagens utilbørighetsvilkår lå i kravet om at det måtte være tale om disposisjoner som det var ”Bedragelighed ... under.” Gjennom tidene utviklet vilkåret seg til et krav om *kreditorsvik* og videre til et vilkår om *rettsstrid*. Og i den nærmeste tiden før lovfestingen av den subjektive omstøtelsesregel var det et *illojalitetskriterium* som ble brukt i den juridiske teori.¹⁹ Etter påvirkning fra teorien, ble også denne begrepsbruken anvendt i rettspraksis, jfr. eksempelvis Rt-1982-1232 (Ruud&Ziener), Rt-1966-636 (Vesta) og Rt-1967-993 (Slotfeldt-Ellingsen).

¹⁵ Huser s. 453

¹⁶ Huser s. 453, Andenæs s. 275

¹⁷ Hagerup s. 220

¹⁸ Huser s. 491

¹⁹ Se eksempelvis Brækhus s. 142

2.2.2 Nærmere om vilkåret i § 5-9

En ordlydsfortolkning av utilbørighetsvilkåret gir ikke mye. Det er vanskelig å sette ord på hva som etter den vanlige språklige forståelsen kan sies å ligge i begrepet. Men begrepet gir visse umiddelbare assosiasjoner som knytter seg til bebreidelse og kritikk, noe i retning av: "Sånt gjør man ikke, og det må enhver forstå."²⁰ Ifølge Aschehoug og Gyldendals Store norske ordbok betyr utilbørlig "*som strider mot rett og rimelighet/ mot god forretningsskikk.*" I rettspraksis er begrepet "*illojal*" brukt som et synonym, jfr. eksempelvis Rt-1994-792 (Namtvedt). Begrepet blir altså forklart med andre minst like skjønnsmessige og vage formuleringer, og det er følgelig vanskelig å trekke opp noen eksakte grenser for begrepet ut fra dette.

Man kan imidlertid på bakgrunn av denne ordlydsfortolkningen hevde at begrepet har en viss subjektiv klang. Disse assosiasjonene er imidlertid i utgangspunktet villedende da utilbørighetsvilkåret er et objektivt vilkår som skal skilles fra det subjektive vilkår i § 5-9. Det fremgår klart av § 5-9 at det er disposisjonen som sådan som må være å anse som utilbørlig. I denne forbindelse kan det også vises til oppdelingen i NOU s. 297-298 mellom de objektive vilkårene i bestemmelsen på den ene siden og det subjektive vilkår på den annen.²¹ Men som det vil bli gjort nærmere rede for senere, vil subjektive elementer også få betydning ved utilbørighetsvurderingen.

Innholdet av utilbørighetsvilkåret er omtalt i lovens forarbeider. Det fastslås i Ot.prp. nr 50 (1980-1981) på s. 170 at utilbørighetsvilkåret innebærer en "*rettslig standard som gjør at regelen bare vil ramme de disposisjoner som etter en nærmere vurdering i det enkelte tilfelle er klart kritikkverdig.*" Videre vises det her til uttalelser i NOU 1972:20 som fremhever at hvorvidt en disposisjon er utilbørlig i mange tilfelle vil kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesreglene. Det påpekes imidlertid også av

²⁰ Falkanger s. 106

²¹ Huser note 98 s. 495

konkurslovutvalget at vilkåret gir anvisning på en mer *moralsk vurdering* av hva som til enhver tid bør være tillatt og ikke tillatt i kredittforhold. Utilbørighetsvilkåret gir med andre ord anvisning på en sterkt skjønnsmessig helhetsvurdering, og medfører av § 5-9 fremstår som en generalklausul. Det legges opp til at domstolene skal trekke opp de nærmere grensene for hva som skal anses som utilbørlig. På denne måten vil innholdet i bestemmelsen kunne endres over tid i samsvar med den moralske oppfatning i næringslivet og samfunnet generelt.

Som en følge av de ovenfor nevnte trekk og at retten følgelig må foreta en konkret og individuell vurdering av det enkelte tilfelle, blir betydningen av rettspraksis noe spesiell. Vedrørende den skjønnsutøvelse som må foretas, kan man ikke tale om noen prejudikatsvirkning i vanlig forstand. Men rettpraksis vil vise hvilke momenter som er å anse som relevante i den helhetsvurdering som skal foretas og være veiledende med hensyn til disse momentenes relative vekt.²² Under punkt 2.2.3 vil det bli gjort rede for hvilke momenter rettpraksis har fremhevet. Rettspraksis vil også bidra til å fastlegge inngrepsterskelen.²³ I samsvar med forarbeidenes presisering om at de disposisjoner som skal rammes må være å anse som *klart kritikkverdig*, har Høyesterett satt terskelen for hva som rammes av regelen nokså høyt. I Rt-1995-259 (Palonen) fremheves det at ”utilbørlig” er et så belastende begrep at det må vises varsomhet ved benyttelsen av det. Ved vurderingen er det en interesseavveining mellom de berørte interesser, dvs. medkontrahentens, kreditorenes og samfunnets, som ligger i bunnen.²⁴

2.2.3 Momenter ved utilbørighetsvurderingen

I det følgende vil det på bakgrunn av rettspraksis, bli gitt en oversikt over de viktigste relevante momentene for vurderingen av utilbørighetsvilkåret. De sentrale

²² Sæbø s. 321

²³ Sæbø s. 321

²⁴ Huser s. 494

høyesterettsdommene om innholdet i utilbørighetsvilkåret knytter seg imidlertid hovedsakelig til kreditorbegunstigelser. Til støtte for at de fleste av momentene også vil ha betydning ved vurderingen av aktivaunndragelsene, kan det vises til underrettspraksis. Det viser seg imidlertid ved en gjennomgang av rettspraksis knyttet til § 5-9 at alternativet om gjeldforøkelse ikke er særlig praktisk. Så vidt vites finnes det foreløpig ingen eksempler i rettspraksis på omstøtelse med hjemmel i § 5-9 av en disposisjon som rammes av dette alternativet. Det må imidlertid antas at de fleste av momentene også vil ha betydning ved vurderingen av utilbørigheten av gjeldsforøkelser.

2.2.3.1 Kreditors forhold

2.2.3.1.1 Kreditors subjektive forhold, herunder "redningsaksjons"-momentet

Til tross for at utilbørighetsvilkåret, som nevnt i punkt 2.2.2 ovenfor, er et objektivt vilkår, vil kreditors subjektive forhold være et relevant moment ved utilbørighetsvurderingen. Både kreditors kunnskap og motiver vil kunne trekkes inn.

Rettspraksis fra før lovfestingen av den subjektive omstøtelsesregel, viser at det dagjeldende illojalitetsvilkåret hadde et nokså subjektivt preg.²⁵ Det ble ikke alltid gjort noe klart skille mellom det subjektive vilkår og illojalitetsvilkåret, og kreditors subjektive forhold ble tillagt betydning ved illojalitetsvurderingen. Rt-1970-52 (Ulstein Bruk) og Rt-1986-889 (Eastco) er illustrerende eksempler.

Ved lovfestingen ble imidlertid skillet mellom det subjektive vilkår og utilbørighetsvilkåret klarere.²⁶ Dette stenger imidlertid ikke for at kreditors subjektive forhold fortsatt vil kunne ha betydning ved utilbørighetsvurderingen. Forutsatt at lovens subjektive vilkår er oppfylt, vil graden av bebreidelse kunne trekkes inn ved vurderingen av

²⁵ Falkanger note 13

²⁶ Falkanger note 13

utilbørighetsvilkåret.²⁷ Hvor det er meget å klandre kreditor, vil dette være et argument for å anse utilbørighet oppfylt. Er det derimot lite å klandre ham, vil dette kunne være et formildende moment. Til støtte for dette kan det vises til følgende uttalelse i forarbeidene: ”*Har medkontrahenten vært fullt klar over insolvensen og disposisjonens utilbørige karakter, kan man imidlertid si at hans forhold også subjektivt sett er utilbørlig.*”²⁸ Som illustrerende eksempel fra rettspraksis fra etter dekningslovens ikrafttredelse kan det vises til lagmannsrettsdommen inntatt i LB-2005-4046. Her fremheves det til støtte for å anse den omtvistede disposisjon som utilbørlig at kreditor ”*utvilsomt (var) kjent med selskapets svake økonomi og den nært forestående konkursen.*”

Som en forlengelse av vektleggingen av kreditors kunnskap, vil det være grunn til å legge vekt på kreditors motivasjon.²⁹ Om denne er preget av et ønske om å sikre seg selv på bekostning av de øvrige kreditorer, vil dette være et moment for å anse utilbørighetsvilkåret oppfylt. På den annen side vil det være et formildende moment om kreditor har mer edle motiver. Ved vurderingen av utilbørigheten av kreditorbegunstigelser har dette særlig kommet til uttrykk ved at det legges vekt på at den omtvistede disposisjon var del i en såkalt ”redningsaksjon”. Dette ble gjort i dommene inntatt i Rt-2001-1136 (Kjells Markiser) og Rt-1994-792 (Namtvedt). Dette synspunktet må også kunne sies å ligge bak avgjørelsen i Rt-1995-259 (Palonen). Disse tilfellene kjennetegnes ved at den aktuelle disposisjon anses som en forutsetning for et større engasjement fra kreditors side som må anses som et forsøk på sikre fortsatt drift for debitor. Man legger følgelig avgjørende vekt på at kreditors motivasjon ikke primært er preget av et ønske om å redde sitt eget tilgodehavende i påvente av en nært forestående konkurs.

²⁷ Huser s. 496, Sandvik s. 55, Lennander s. 162

²⁸ NOU s. 298

²⁹ Sandvik s. 55-56

2.2.3.1.2 Press fra kreditor

Også kreditors faktiske opptreden vil være et relevant moment.³⁰ Hvor han har vært særlig aktiv eller pågående, vil dette tale for å anse disposisjonen som utilbørlig. Dette er en situasjon som omstøtelsesreglene er ment å motvirke. Momentets betydning har en nær sammenheng med hva som ble fremholdt ovenfor om betydningen av kreditors motivasjon. Hvor den saksøkte kreditor har vært særlig pågående, vil dette gi et inntrykk av at vedkommende ønsket å sikre seg på de øvrige kreditors bekostning.

Momentets relevans kommer blant annet frem i Rt-1933-1265 (Ringen) hvor det fremheves at kreditor hadde ”*positivt tilskyndet*” debitor til å selge to av sine aktiver for så å innfri gjelden overfor ham. Også i Rt-1967-993 (Slotfeldt-Ellingsen) nevnes dette momentet. Men i denne saken kunne det ikke gi grunnlag for å karakterisere de aktuelle disposisjonene som utilbørlig. Presset fra kreditor ble her ansett som rettmessig og naturlig på bakgrunn av at det aktuelle kravet hadde oppstått som følge av underslag fra debtors side. Fra nyere rettspraksis kan det vises til annenvoterendes votum, som Høyesteretts flertall slutter seg til, i Rt-1995-259 (Palonen). Her påpekes til støtte for å anse den omtvistede disposisjon som tilbørlig, at det *ikke* var blitt utøvet noen form for press fra kreditor.

Press fra kreditor vil altså – etter omstendighetene – være et argument for å anse disposisjonen som utilbørlig. Mens mangel på slikt press, vil kunne trekkes frem som et moment for motsatt konklusjon.

³⁰ Huser s. 501, Andenæs s. 286, Sandvik s. 56, Lennander s. 165

2.2.3.2 Graden av tap

Størrelsen av boets tap vil også være et relevant moment.³¹ Dette henger naturligvis sammen med at det er de disposisjoner som dreier seg om store beløp som skader de øvrige kreditorer mest og som sannsynligvis har størst betydning for debtors senere sammenbrudd.

I Rt-1970-52 (Ulstein Bruk) hvor utilbørighetsvilkåret blir ansett oppfylt, påpekes det avslutningsvis at boets tap "*må karakteriseres som betydelig*." Også i Rt-1988-1327 (Reksten) blir det påpekt at det var snakk om "*store verdier*". Som et siste eksempel kan det nevnes at momentet også blir påpekt i avgjørelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg publisert i Rt-1991-653. (Se nærmere om denne avgjørelsen nedenfor under punkt 3.6.)

At det er tale om et stort beløp vil altså være et moment som taler for å anse disposisjonen som utilbørlig. Er det derimot tale om et lavt beløp, vil dette måtte kunne være et formildende moment.

I Rt-1995-259 (Palonen) kommer hensynet til graden av tap inn på en litt annen måte. Her synes Høyesterett å ha tillagt vekt at det bare var én av de øvrige kreditorer som ville lide tap ved den aktuelle disposisjonen. Det var i denne saken tale om en kreditorbegunstigelse foretatt ved trekk på en allerede negativ kassekredittkonto. Tapsvilkåret ble allikevel ansett som oppfylt. Men avslutningsvis fremheves det at disposisjonen bare vil medføre tap for banken, og at denne hadde to representanter i styret til debtorselskapet. Til tross for at disse representantene ikke kunne sies å ha godkjent betalingene, mener Høyesteretts flertall at det må kunne legges noe vekt på at de måtte da ha vært klar over at banken ville tape på nedbetalingene. De avsluttende bemerkningene til Høyesterett er til dels usammenhengende og det er vanskelig å få helt taket på hva som menes. Det må imidlertid

³¹ Huser s. 497, Lennander s. 161

være en forsvarlig tolkning av å dommen å se det slik at det ble tillagt vekt at disposisjonen kun medførte tap for én av de øvrige kreditorer.

2.2.3.3 Graden av debtors økonomiske vanskeligheter

Graden av debtors økonomiske vanskeligheter på disposisjonstidspunktet vil være et relevant moment.³² Jo dypere debtors økonomiske problemer er, jo større vekt vil momentet ha som et argument for å anse disposisjonen som utilbørlig. I Rt-1966-636 (Vesta) fremheves det at debitor var *”håpløst insolvent”* ved vurderingen av det dagjeldende illojalitetsvilkåret. Momentets relevans blir også fremhevet av Høyesteretts mindretall i Rt-1995-259 (Palonen). Flertallet kan ikke sies å være uenig i dette, men legger avgjørende vekt på andre momenter ved sin helhetlige vurdering av disposisjonen. Momentet må også anses å ha blitt tillagt vekt ved kjæremålsutvalgets avgjørelse i Rt-1991-653. (Se nærmere punkt 3.6 nedenfor.) Videre fremheves det i Rt-2001-1136 (Kjells Markiser), ved en av de tre nedbetalingene hvor utilbørlighetsvilkåret anses oppfylt, at *”bedriftens likviditetsproblemer ble ytterligere svekket ut over sommeren.”*

Hvor debtors økonomiske situasjon er svært alvorlig, slik at det økonomiske vilkår i § 5-9 åpenbart er oppfylt, vil dette altså være et moment for å anse disposisjonen som utilbørlig. Er den økonomiske situasjonen derimot mindre faretruende, og ligger på grensen til hva som rammes av regelens økonomiske vilkår, må dette kunne være et formildende moment ved utilbørlighetsvurderingen. (Se for øvrig nærmere punkt 2.2.3.8 om forholdet mellom utilbørlighetsvurderingen og det økonomiske vilkår.)

³² Huser s. 497, Andenæs s. 286, Lennander s. 161

2.2.3.4 Hvem blir tilgodesett

Hvem som blir tilgodesett ved den aktuelle disposisjonen, vil være et relevant moment.³³

Hvis den som blir tilgodesett er en av debtors nærstående, vil dette således være et moment for at disposisjonen må anses som utilbørlig. Dette har en nær sammenheng med både kreditors forhold (punkt 2.2.3.1 ovenfor) og debtors forhold (punkt 2.2.3.7 nedenfor). Hvor kreditor er debtors nærstående, vil han ha større innsikt i både debtors økonomiske forhold og hva debitor foretar seg, i tillegg til at hans posisjon gjør det lettere for ham å påvirke eller presse kreditor. Og debitor på sin side vil gjerne ønske å prioritere sine nærstående når han innser at det går mot slutten. Disse forholdene medfører at hvor den omtvistede disposisjon er foretatt til gode for en av debtors nærstående, vil disposisjonen lett bli ansett som utilbørlig. At disposisjonen får et særlig utilbørlig preg hvor den annen part er debtors nærstående, er også reflektert i de objektive reglene som oppstiller lengre frister i disse tilfellene.

Momentets relevans kom blant annet frem i Rt-1966-636 (Vesta). I denne saken var debitor et aksjeselskap som hadde blitt stiftet av kreditor (en bank). Hele styret i debtorselskapet besto av personer som også satt i styret i vedkommende filial i banken. Høyesterett uttaler her at det *”forelå en aktsomhets- og lojalitetsplikt utover den som kan oppstilles i normaltilfelle.”* Den omtvistede sikkerhetsstillelsen til fordel for banken ble omstøtt. I forhold til aktivaunndragelsene, kan det vises til lagmannsrettsdommen publisert i LA-2006-120575. Også her blir det lagt avgjørende vekt på den tilgodesettes posisjon i forhold til debitor.

³³ Andenæs s. 286, Lennander s. 165-166

2.2.3.5 Hvordan fordringshaverens krav er oppstått

Karakteren av kreditors fordring vil være av betydning.³⁴ Dette momentet vil først og fremst være et formildende moment ved vurderingen av kreditorbegunstigelser. Hvor kreditors fordring er oppstått på en irregulær måte vil dette være et moment mot å anse den påfølgende dekningsaksjon som utilbørlig. Rt-1967-993 (Slotfeldt-Ellingsen) må kunne tas til inntekt for dette synspunktet. I denne saken hadde kreditors fordring oppstått som følge av et underslag konkursdebitor hadde gjort som styreformann i kreditorselskapet. Dette ble ansett som et avgjørende moment mot å anse den omtvistede disposisjon som utilbørlig. I Rt-1970-52 (Ulstein Bruk) blir det også fra kreditors side hevdet at måten fordringen var oppstått på måtte tillegges vekt i hans favør. Til dette uttaler førstvoterende at dette vil være et relevant moment, men at det i denne konkrete saken ikke kunne oppveie de momenter som talte for å anse disposisjonen som utilbørlig. At dette momentet blir tillagt ulik vekt i disse to sakene må ses i sammenheng med at også måten fordringene hadde oppstått på var svært forskjellig. I den sistnevnte var fordringen oppstått ved en misforståelse og en feil fra kreditors side. I Slotfeldt-Ellingsen-dommen var det derimot lovbrudd fra debtors side som var foranledningen til at fordringen oppstod.

2.2.3.6 Nærhet til konkursen

Det vil være relevant å ta i betraktning hvilket tidspunkt disposisjonen skjedde.³⁵ Desto nærmere dette tidspunktet ligger tidspunktet for konkursen, jo større vekt vil det kunne ha som et argument for å anse disposisjonen som utilbørlig. På den annen side, vil det kunne anføres som et argument mot utilbørlighet at det går lang tid fra disposisjonen til debtors økonomi bryter sammen. Dette momentets betydning har sammenheng med at jo lengre tidsintervallet er, jo mindre betydning kan disposisjonen antas å ha hatt for debtors senere økonomiske sammenbrudd. I Rt-1988-1327 (Reksten) påpekes tidsmomentet som et mulig

³⁴ Huser s. 513-516, Andenæs s. 287

³⁵ NOU s. 298, Huser s. 508-511, Andenæs s. 287

formildende moment, men det blir ikke tillagt avgjørende vekt. Dette må ses i sammenheng med at det her var tale om en aktivaunndragelse. (Se nærmere punkt 3.6.2 nedenfor.)

Tidsmomentet ble imidlertid fremhevet og tillagt betydning i graverende retning ved to av de gjeldsbetalingene som ble omstøtt etter § 5-9 i Rt-2001-1136 (Kjells Markiser). For den første av disse to blir nærheten til konkursen avgjørende sammen med beløpets størrelse. Med hensyn til den siste må tidsmomentet alene ha vært avgjørende. Her skjedde betalingen etter at oppbud var blitt begjært. Fra underrettspraksis kan det vises til LG-1996-1442 hvor det ble fremhevet ved utilbørighetsvurderingen av den omtvistede aktivaunndragelse at den ble gjennomført ”*umiddelbart før konkursåpning*”.

2.2.3.7 Debitors forhold

Også debtors forhold vil kunne trekkes inn ved utilbørighetsvurderingen.³⁶ Særlig vil det ha betydning om debtors motivering for disposisjonen er preget av et bevisst ønske om å prioritere den annen part på bekostning av de øvrige kreditorer. Fra rettspraksis kan det vises til RG-1993-212 og LF-1994-613. (Se nærmere henholdsvis punktene 4.3.1 og 4.3.2.2 nedenfor.)

2.2.3.8 Oppsummering

Som det fremgår av punktene 2.2.3.1 til 2.2.3.3, vil graden av oppfyllelse av de øvrige vilkår i § 5-9 være momenter som kan gi disposisjonen det nødvendige utilbørlige preg.³⁷ Som en følge av dette, vil det ved anvendelsen av regelen være en praktisk fordel å ta stilling til de øvrige vilkår i bestemmelsen før man går inn på utilbørighetsvurderingen. Om et eller flere av de øvrige vilkårene er fylt til overmål, vil dette være momenter som kan tilsi at merkravet som ligger i utilbørighetsvilkåret også er oppfylt. Er de derimot bare så

³⁶ Huser s. 503-507, Sandvik s. 53

³⁷ Huser s. 498-499, Lennander s. 152-153

vidt oppfylt, eller er spørsmålet tvilsomt, vil dette kunne være et formildende moment. I denne forbindelse er det også grunn til å nevne den særlige betydningen av det økonomiske vilkår i § 5-9 om at debtors økonomiske stilling "*var svak*" eller "*ble alvorlig svekket*". At dette vilkåret er oppfylt må antas å være en forutsetning for at man skal kunne tale om en mulig utilbørlig aktivaunndragelse, kreditorbegunstigelse eller gjeldsforøkelse.³⁸ Se nærmere under punkt 3.4 om følgene av dette for den nevnte muligheten for analogisering fra de objektive reglene ved vurderingen av utilbørlighetsvilkåret.

Av momentlisten - punktene 2.2.3.4 til 2.2.3.7 - fremgår det også at andre forhold enn graden av oppfyllelsen av § 5-9's øvrige vilkår, vil kunne være av betydning ved utilbørlighetsvurderingen.

³⁸ Forutsetningsvis NOU s. 297, Falkanger s. 108

3 Disposisjoner som etter sin art faller innenfor de objektive regler

3.1 Generelt om jevnføringen til de objektive reglene

Som allerede nevnt, fremheves det i forarbeidene³⁹ at hvorvidt en disposisjon er utilbørlig, i mange tilfelle vil kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesreglene. Dette utgangspunktet brukes også av flere juridiske forfattere ved deres redegjørelser for innholdet i utilbørlighetsvilkåret. Huser uttrykker det slik: det ”vil være et *meget tungtveiende skjerpene moment* at den aktuelle disposisjon rammes av en objektiv omstøtelsesregel.”⁴⁰ Andenæs uttrykker det samme ved å fremheve at det er en ”*alminnelig formodning for*” at disposisjoner som etter sin art omfattes av de objektive reglene også må anses som utilbørlige.⁴¹ Begrunnelsen for denne jevnføringen ligger i disse disposisjonenes karakter. De har noe *typisk suspekt* ved seg når de er foretatt nært opp mot debtors konkurs, og må formodes å være insolvensmotiverte og kreditorskadelige. Man kan si at de er *presumptivt utilbørlige*. De objektive reglene dekker således de mest praktiske kreditorskadelige disposisjonstypene. Det er nettopp derfor lovgiver har ansett det som forsvarlig å la disse disposisjonene bli gjort til gjenstand for omstøtelse uten å sette ytterligere vilkår, riktignok under forutsetning om at de har blitt foretatt innenfor relativt korte frister. Men det fremgår både av forarbeidene⁴² og rettspraksis at det må foretas en helhetsvurdering av disposisjonen. Det er således ikke nødvendigvis slik at en disposisjon som etter sin art omfattes av en objektiv regel *automatisk* vil bli ansett som utilbørlig.⁴³

Det bør imidlertid påpekes at Høyesterett som regel ikke viser direkte til denne jevnføringen i sine begrunnelser. Men generelt kan man si at mange av de momentene som

³⁹ NOU s. 297

⁴⁰ Huser s. 517

⁴¹ Andenæs s. 283 og s. 288

⁴² NOU s. 297-298

⁴³ Huser s. 518, 519 Andenæs s. 283

trekkes frem, er de samme som ville blitt tillagt vekt ved avgjørelsen av om disposisjonen ble omfattet av en objektiv regel. Man kan også se jevnføringen ved at disposisjoner som etter sin art ville vært omstøtelsesverdig etter en objektiv regel, også er blitt ansett utilbørlig, uten at retten har gått nærmere inn på de forholdene som knytter seg til den objektive regelen. Dette vil bli belyst i tilknytning henvisningen til utvalgte eksempler under punkt 3.3 nedenfor. Fra underrettspraksis finnes det derimot gode eksempler på eksplisitte henvisninger til jevnføringen, jfr. eksempelvis dommen inntatt i RG-2006-8 (se nærmere under punkt 3.3).

3.2 Betydningen av tidsmomentet

Som nevnt innledningsvis, er det en vesentlig ulikhet mellom de objektive reglene på den ene siden og den subjektive omstøtelsesregel på den andre, at omstøtelsesperioden i sistnevnte regel er atskillig lengre enn i de objektive reglene. Omstøtelsesfristen i § 5-9 er ti år. Fristene i de objektive reglene varierer. I hovedreglene i §§ 5-2 til 5-4 er fristen ett år. I hovedreglene i §§ 5-5 til 5-8 er fristen tre måneder. I de allerede omtalte særreglene som kan anvendes overfor debtors nærstående gjelder det utvidede frister, som varierer fra to til fem år. *Tidsmessig* har således § 5-9 et klart videre anvendelsesområdet enn de objektive omstøtelsesreglene.

I forhold til muligheten for en jevnføring med de objektive regler ved vurderingen av en disposisjons utilbørlighet, er det i utgangspunktet ikke avgjørende om disposisjonen faller innenfor eller utenfor fristen i den objektive regel det er aktuelt å jevnføre med.⁴⁴ I forarbeidene fremholdes det ved redegjørelsen for utilbørlighetsvilkåret at *”En betaling eller sikkerhetsstillelse som etter sin art er omstøtelig etter de objektive regler, vil (...) normalt også rammes av nærværende paragraf, og da selv om disposisjonen er foretatt mer*

⁴⁴ Huser s. 518-521, Andenæs s. 283

enn tre måneder, eventuelt to år før fristdagen.”⁴⁵ Dette har sammenheng med de objektive reglenes karakter. Da disse reglene ikke stiller andre vilkår enn at den aktuelle disposisjon er av en slik art som bestemmelsen beskriver, er det nødvendig med korte frister for å unngå urimelig resultater. I den subjektive omstøtelsesregel, er det derimot flere andre vilkår som vil fungere som skranker i så måte.⁴⁶

Man vil følgelig kunne ha som utgangspunkt at en disposisjon som etter sin art faller innenfor en objektiv regel, vil være å anse som utilbørlig i § 5-9's forstand, også hvor den aktuelle disposisjon faller utenfor fristen i den objektive regel. At disposisjonen tilfeldigvis faller akkurat utenfor fristen i den objektive regel, vil således ikke kunne tillegges særlig vekt ved utilbørlighetsvurderingen.⁴⁷ Det vil imidlertid være slik, at om disposisjonen ligger langt tilbake i tid, vil det kunne være et formildende moment, og tale mot at utilbørlighetsvilkåret er å anse som oppfylt. Som nevnt ovenfor i punkt 2.2.3.6 er *nærhet til konkursen* et av de momenter som det vil være relevant å ta i betraktning ved utilbørlighetsvurderingen.

3.3 Eksempler på sammenfall

I det følgende vil det bli vist til eksempler fra rettspraksis hvor den omtvistede disposisjon etter sin art falt innenfor en objektiv regel, og også ble ansett som utilbørlig ved vurderingen av omstøtelse på subjektivt grunnlag. Intensjonen med denne eksemplifikasjonen er ikke å gi noen fullstendig redegjørelse for rettpraksis, men å underbygge det som ble fremholdt om jevnføringen i punkt 3.1 ovenfor. Først vil det bli gitt eksempler på omstøtelse av kreditorbegunstigelser som vil vise jevnføringen til §§ 5-5 og 5-7. Herunder vil også forholdet til §§ 5-6 og 5-8 bli undersøkt. Deretter vil det bli gitt

⁴⁵ NOU s. 297

⁴⁶ Huser s. 519

⁴⁷ Huser s. 519

eksempler på omstøtelse av aktivaunndragelser som vil vise jevnføringen spesielt til § 5-2. Også forholdet til §§ 5-3 og 5-4 vil bli kommentert.

Rettspraksis viser at det vil kunne være aktuelt med en jevnføring med § 5-5 om betaling av gjeld ved utilbørighetsvurderingen. Også forarbeidene viser eksplisitt til denne objektive regelen som et utgangspunkt i så henseende.⁴⁸ Hvor disposisjonen innebærer en ekstraordinær gjeldsbetaling ”med usedvanlige betalingsmidler”, ”før normal betalingstid” eller ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”, vil dette altså være et tungtveiende moment for at disposisjonen også er å anse som utilbørlig i § 5-9’s forstand. Med hensyn til jevnføringen med § 5-5 innebærer imidlertid ordinærreservasjonen i bestemmelsen en komplikasjon. Den gir anvisning på en vurdering som på mange måter kan sammenlignes med utilbørighetsvurderingen, men om de to vurderingene er fullstendig sammenfallende, er usikkert. I forhold til avhandlingens systematikk er det imidlertid mer naturlig å gå nærmere inn på denne problemstillingen under punkt 4 nedenfor om forhold som faller utenfor de objektive reglene. Her må det anses tilstrekkelig å vise til den generelle redegjørelsen i punkt 3.1 ovenfor om de objektive reglenes betydning ved utilbørighetsvurderingen. § 5-5 vil altså gi veiledning ved at det at gjeldsbetalingen er blitt ansett som ekstraordinær, også vil være et tungtveiende moment for at disposisjonen er utilbørlig.⁴⁹ Denne sammenhengen kommer klart frem ved en gjennomgang av rettspraksis hvor det er blitt tatt stilling til både ordinærreservasjonen og utilbørighetsvilkåret. Dette vil det bli gjort nærmere rede for i punkt 4.3.2 nedenfor

Det er flere eksempler fra rettspraksis hvor *betaling med usedvanlig betalingsmiddel* har blitt omstøtt etter § 5-9. Rt-1970-52 (Ulstein Bruk) er et godt eksempel. Her hadde gjeldsbetalingen skjedd ved transport av kundefordringer. Førstvoterende uttaler at det må legges ”*vesentlig vekt på*” at det dreide seg om oppfyllelse av bankens fordring med inkongruente betalingsmidler. En av betalingene som blir omstøtt i Rt-1933-1265 (Ringn)

⁴⁸ NOU s. 297

⁴⁹ Slik også Huser s. 532

kan også illustrere denne sammenhengen. Den aktuelle gjeldsbetalingen skjedde ved at debtors båt ble kjøpt per kommisjon av kreditors sakfører.

Som et eksempel på omstøtelse på subjektiv grunnlag av en *betaling før normal betalingstid* kan det vises til Rt-1987-7. I denne saken skjedde den omtvistede betaling før forfall, og for øvrig også med usedvanlig betalingsmiddel. Høyesteretts drøftelse av vilkårene i § 5-9 er imidlertid noe uryddig, og det vises ikke direkte til det forhold at det ble betalt før normal betalingstid. Like fullt illustrerer eksempelet sammenhengen mellom den objektive regel og utilbørighetsvurderingen. I lagmannsrettsdommen LH-1998-202 kommer imidlertid sammenhengen klarere frem. Her fremheves det eksplisitt ved utilbørighetsvurderingen at det var tale om en betaling som delvis hadde skjedd før avtalt forfall.

Når det gjelder kongruente betalinger fremheves det særskilt i forarbeidene at utilbørighetsvilkåret først og fremst vil ramme betaling som omfattes av alternativet *betaling som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne* i § 5-5.⁵⁰ Fra rettspraksis kan det også her vises til Rt-1993-1265 (Ringen). En del av den gjeldsbetalingen som ble omstøtt i denne saken skjedde ved at debitor, etter tilskyndelse fra kreditor, solgte huset sitt til sin kone, og deretter brukte salgssummen til å nedbetale sin gjeld til kreditor. Dette var en kongruent betaling. Høyesterett fremhever særlig betydningen av press fra kreditor ved sin begrunnelse for å omstøte betalingen. Men det påpekes også at alle andre aktiver enn dette huset og den ovenfor nevnte motorbåten, var beheftet. Man må derfor antagelig kunne legge til grunn at betalingene i dag ville blitt ansett som betydelige i § 5-5s forstand.⁵¹ I tillegg kan det vises til den allerede nevnte dommen inntatt i RG-2006-8. Her brukes jevnføringen til den objektive regelen aktivt av retten. Det påpekes at det er enighet om at den omtvistede disposisjonen i betydelig grad har forringet debtors betalingsevne. Etter en konkret vurdering finner retten at betalingen ikke kan anses som ordinær. Det konkluderes

⁵⁰ NOU s. 298

⁵¹ Huser s. 536, Andenæs s. 284

således med at betalingen etter sin art faller innenfor § 5-5. Dette blir anført som et *”klart argument”* for å anse den som utilbørlig i § 5-9’s forstand.

Rettspraksis viser også at sikkerhetsstillelse for eldre gjeld kan bli omstøtt etter § 5-9. I likhet med § 5-5, vises også § 5-7 eksplisitt til i forarbeidene under henvisningen til en jevnføring med de objektive reglene.⁵² Rt-966-636 (Vesta) er et eksempel på omstøtelse av en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld på subjektivt grunnlag. Her fremhever Høyesterett at *”så langt pantsettelsen omfattet eldre gjeld, foreligger det da objektivt sett en disposisjon som må kunne kreves omstøtt av boet (...)”*.

Omstøtelse av motregning på grunnlag av § 5-9 med en henvisning til en jevnføring med § 5-6 blir noe spesielt i og med at § 5-6 selv inneholder subjektive regler. Så vidt vites finnes ingen eksempler på en slik direkte jevnføring i rettspraksis. Uttalelser i forarbeidene tilsier imidlertid at det ikke er noe i veien for å anvende generalklausulen ved motregning: *”§ 5-9 rammer rent generelt utilbørlige ”disposisjoner” til skade for kreditorene, og kan derfor gis direkte anvendelse på motregning.”*⁵³ Om man gjør det, ser jeg ingen grunn til at man ikke også her skulle kunne bruke jevnføringen til den objektive regel som et argument for at disposisjonen er å anse som utilbørlig. Det fremheves imidlertid i forarbeidene at det normalt vil være mer praktisk å anvende § 5-6.⁵⁴

Så vidt vites finnes ingen eksempler i rettspraksis på omstøtelse av utlegg på subjektivt grunnlag. Om det er grunnlag for en jevnføring til § 5-8 ved utilbørighetsvurderingen er altså usikkert. Nedenfor under punkt 3.5.1 følger en nærmere redegjørelse for hvorvidt det kan være utilbørlig å ta utlegg.

⁵² NOU s. 297

⁵³ NOU s. 293

⁵⁴ NOU s. 298

Med hensyn til aktivaunndragelser, fremheves det i forarbeidene at dette alternativet først og fremst rammer gavetransaksjoner.⁵⁵ Det vil følgelig være aktuelt å jevnføre med § 5-2. Rt-1988-1327 (Reksten) er et godt eksempel her. I denne dommen ble omstøtelse av en gave foretatt med hjemmel i den tidligere ulovfestede subjektive omstøtelsesregel. Det blir lagt avgjørende vekt på at det er tale om en aktivaunndragelse. Det samme gjelder avgjørelsen av Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i Rt-1991-653. (Se nærmere nedenfor under punkt 3.6.) Også reglene i §§ 5-2 og 5-4 må kunne fungere som utgangspunkt ved vurderingen av utilbørligheten av disposisjoner som etter sin art rammes av dem da dette vil være disposisjoner som kan likestilles med gaver.⁵⁶

3.4 Betydningen av debtors økonomiske stilling

Betydningen av debtors økonomiske stilling for utilbørlighetsvurderingen, vil kunne begrense kretsen av disposisjoner som rammes av vilkåret, sammenlignet med kretsen som etter sin art rammes av de objektive reglene.

Som allerede påpekt er det et vilkår for omstøtelse etter § 5-9 at debtors økonomiske stilling *”var svak”* eller *”ble alvorlig svekket”*. I dette kan man – noe upresist – si at det ligger et krav om at debitor var eller kom i en insolvenslignende økonomisk stilling.⁵⁷ Om debitor var eller ble insolvent er utvilsomt tilstrekkelig, men er ikke nødvendig.⁵⁸ Vilkåret må også anses oppfylt hvor debitor var eller ble illikvid eller insuffisient.⁵⁹

⁵⁵ NOU s. 298

⁵⁶ Andenæs s. 288

⁵⁷ Andenæs s. 280

⁵⁸ Ot.prp. s. 171

⁵⁹ Huser s. 554

At debtors økonomiske stilling ”*var svak*” eller ”*ble alvorlig svekket*” må kunne sies å være en forutsetning for at man skal kunne tale om en mulig utilbørlig aktivaunndragelse, kreditorbegunstigelse eller gjeldsforøkelse.⁶⁰

Med ett unntak er det imidlertid slik at hovedreglene i objektive bestemmelsene ikke stiller noen krav til debtors økonomiske stilling. Det vil således være en teoretisk mulighet for omstøtelse med hjemmel i disse bestemmelsene til tross for at debitor på disposisjonstidspunktet var klart solvent, og den økonomiske stillingen heller ikke ”ble alvorlig svekket” som en følge av gjennomføringen av den. I disse tilfellene vil følgelig disposisjonen etter sin art kunne rammes av den objektive regelen, men ikke være utilbørlig og således ikke rammes av § 5-9.

Særlig interessant i denne forbindelse er forholdet mellom § 5-5 og § 5-9. For omstøtelse etter den objektive regelen av de såkalte kongruente gjeldsbetalinger, kreves at betalingen skjedde med et beløp som ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne.” (Se punkt 4.3.1 om det nærmere innholdet av dette vilkåret.) Denne objektive regelen oppstiller således et vilkår knyttet til disposisjonens betydning for debtors økonomiske stilling. Men også dette vilkåret vil kunne være oppfylt uten at det økonomiske vilkår i § 5-9 er oppfylt. Hvor debtors økonomiske stilling ikke allerede var svak, dvs. at debitor verken var insuffisient, illikvid eller insolvent, vil en gjeldsbetaling kunne oppfylle vilkåret i § 5-5, men samtidig være tilbørlig i § 5-9’s forstand. En betaling av forfalt gjeld vil i en slik situasjon normalt ikke bringe debitor nærmere en insolvenslignende økonomisk stilling.

Generelt kan det etter dette konkluderes med at det forhold at det er en forutsetning for bruk av utilbørlighetskarakteristikken at debtors økonomiske stilling var slik det økonomiske vilkår i § 5-9 krever, innebærer en innsnevring av kretsen av utilbørlige disposisjoner sammenlignet med kretsen av disposisjoner som rammes av de objektive regler.

⁶⁰ se note 38

3.5 Mulige unntak fra formodningen om sammenfall

Som nevnt ovenfor fremgår det både av forarbeidene og rettspraksis at det ikke er noen *absolutt automatikk* i at disposisjoner som etter sin art rammes av de objektive regler, også oppfyller utilbørighetsvilkåret. I det følgende vil det bli drøftet om det for enkelte typer disposisjoner må gjøres unntak fra utgangspunktet om formodningen om utilbørighet. For det første vil det bli drøftet om formodningen kan gjelde hvor det er tale om utlegg. For det andre vil det bli drøftet om det kan være utilbørlig å skaffe rettsvern, herunder om det er grunnlag for noen jevnføring til § 5-7(1)(b) ved vurderingen av utilbørighetsvilkåret.

3.5.1 Kan det være utilbørlig å ta utlegg?

Utlegg rammes som nevnt av den objektive regel i § 5-8. Hvorvidt det kan gjelde noen formodning for at å ta utlegg må anses som utilbørlig i § 5-9's forstand er imidlertid tvilsomt.

Innledningsvis er det grunn til å gjøre oppmerksom på at hvorvidt utlegg er å anse som en "disposisjon" i § 5-9s forstand, er noe uklart.⁶¹ For den videre drøftelsen legges det imidlertid til grunn at utlegg vil oppfylle dette vilkåret.

Som en naturlig bakgrunn for drøftelsen, er det grunn til kort å gjøre rede for begrunnelsen for den objektive omstøtelsesregelen i § 5-8. Den er, i likhet med § 5-7, begrunnet med at utlegg tatt så sent som inntil tre måneder før boåpningen, vil virke som en urimelig forfordeling av kreditorene. Regelen har også sammenheng med at utlegg alltid vil være pant for eldre gjeld.⁶² Som nevnt i forarbeidene, kan § 5-8 ramme "kontraktpantsettelse maskert som utlegg."⁶³ Utlegg faller allikevel utenfor regelen i § 5-7.

⁶¹ Andenæs s. 279, Huser s. 474

⁶² Huser s. 367-368

⁶³ NOU s. 296

Forholdet mellom § 5-8 og § 5-9 er ikke omtalt i forarbeidene. De generelle uttalelsene om at spørsmålet om hvorvidt en disposisjon er utilbørlig i mange tilfeller vil kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive reglene, kan åpenbart ikke tolkes dit hen at det alltid vil være slik.

Spørsmålet om hvorvidt utlegg kan omstøtes på subjektivt grunnlag var oppe i Rt-1926-657 (Beyer Olsen). Her ble konkursboets påstand om subjektiv omstøtelse av utlegg foretatt drøye 1 ½ år før konkursen, ikke tatt til følge. Førstvoterende uttaler følgende: *”Man gaar ut fra, at kreditor i almindelighet ikke gjør sig skyldig i retsbrud overfor mulige medkreditorer ved at sætte sin fordring under retslig inddrivelse, selv om det er ham bekjendt, eller han maa skjønne, at debitor er insolvent (...)*” Høyesterett slutter seg til denne uttalelsen i dommen inntatt i Rt-1933-1265 (Ringen). Det foreligger følgelig en prinsipiell høyesterettsdom som slår fast at utnyttelse av det tvangsapparat som samfunnet har stillet til disposisjon for kreditor normalt ikke kan anses som utilbørlig. Den er imidlertid gammel, og må således sies å ha mistet noe av sin rettskildemessige tyngde.

Flere gode grunner støtter den rettsoppfatning Høyesterett har gav uttrykk for i Beyer Olsen-dommen. For det første kan man anføre det forhold at inndrivelse gjennom utlegg er den normale inkassomåte lovgivningen gir anvisning på hvor debitor i et mellomværende misligholder sine forpliktelser. Det ligger i utgangspunktet ikke noe illojalt i å anvende denne lovhjemlede ordningen for å få inndrevet sitt krav. Regelen i § 5-8 er heller ikke, i motsetning til de øvrige objektive omstøtelsesreglene, basert på en formodning om illojalitet.⁶⁴ Det er ikke noe suspekt ved å gå til tvangsinndrivelse av sin fordring. Dette taler mot å oppstille en formodning om utilbørlighet hvor det er tale om utlegg. For det andre må man se hen til at alternativet for kreditor når han ikke oppnår dekning, vil være å begjære debitor konkurs. Hvis utlegg ble gjort omstøtelig etter § 5-9, ville man altså tvinge kreditor til å gå veien om konkurs i disse tilfellene.⁶⁵ En slik løsning virker umiddelbart

⁶⁴ Andenæs s. 279

⁶⁵ Brækhus s. 148-149

urimelig, og er neppe lovgivers intensjon. Også dette taler mot å oppstille en formodning om utilbørlighet.

På den annen side kan man, til støtte *for* å oppstille en formodning om utilbørlighet i disse tilfellene, anføre sammenhengen med § 5-7 som rammer sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.⁶⁶ Som det har fremgått vil disposisjoner som etter sin art rammes av denne bestemmelsen, normalt være utilbørlige i § 5-9's forstand. Utlegg vil som allerede nevnt alltid være pant for eldre gjeld. Utleppet har imidlertid som fremhevet, en særegen karakter ved å være en særlig inndrivelsesmåte lovgivningen hjemler nettopp for de tilfeller hvor kreditor ikke får dekning hos sin debitor.

Oppsummeringsvis: Det foreligger en prinsipiell Høyesterettsdom om dette spørsmålet. Denne er imidlertid svært gammel, og må sies å ha mistet noe av sin rettskildemessige tyngde. Men den er fortsatt den eneste autoritative rettskilde vi har på området, og må derfor tillegges atskillig vekt. Det er ikke tvilsomt at det vil kunne dukke opp tilfeller hvor et utlegg oppfyller utilbørlichetsvilkåret. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet hvor istandbringelse av utlegget bærer preg av en skjult avtalepantsettelse. Men på bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i Beyer Olsen-dommen, og de reelle hensyn som støtter resultatet i denne dommen, kan det konkluderes med at det ikke er grunn til å stille opp noen formodning for at å ta utlegg er utilbørlig i § 5-9's forstand. Oppfatningene i den juridiske teori er delte, men konklusjonen har støtte hos flertallet av de juridiske forfatter som har skrevet om spørsmålet.⁶⁷

⁶⁶ Huser s. 539

⁶⁷ Se eksempelvis Andenæs s. 279, Sandvik s. 56-57, Brækhus s. 148-151, Falkanger s. 118-119. Motsatt Huser s. 539

3.5.2 Kan det være utilbørlig å skaffe rettsvern?

Er man sen med å skaffe rettsvern, kan dette rammes av den objektive regel i § 5-7(1)(b). I det følgende skal det drøftes om det er grunnlag for noen jevnføring til denne regelen ved vurderingen av utilbørlighetsvilkåret i § 5-9.

Også med hensyn til denne problemstillingen er begrunnelsen for den objektive regelen et naturlig utgangspunkt. I forarbeidene fremheves det at § 5-7(1)(b) er en retts teknisk utbygning av hovedregelen i litra a.⁶⁸ Det fremgår at formålet med regelen er å motvirke svikaktige forsøk på antedatering av panterettens stiftelse, slik at denne skal fremstå som stiftet samtidig som gjelden. Regelen er altså begrunnet i notoritets- og publisitetshensyn. Slik regelen er utformet, vil den også ramme tilfeller hvor panteretten faktisk er avtalt i forbindelse med gjeldsstiftelsen, men hvor man av en eller annen grunn har vært sent ute med å etablere rettsvernet. Denne i og for seg uønskede virkningen har man funnet å måtte godta av retts tekniske hensyn.⁶⁹ Med unntak av de tilfeller av slike antedateringer som nevnt, er det ikke illojalitet eller andre utpregede kritikkverdige forhold som begrunner regelen.

Forarbeidene omtaler ikke direkte spørsmålet om en jevnføring til § 5-7(1)(b) ved utilbørlighetsvurderingen. Som tidligere nevnt vises det imidlertid generelt til § 5-7. Om dette kan være et avgjørende moment er allikevel tvilsomt.

Det foreligger heller ingen høyesterettsavgjørelse som direkte avgjør spørsmålet. Men Høyesterett er i Rt-1995-259 (Palonen) så vidt inne på problemstillingen. Denne saken dreiet seg om en arbeidstakers opsjon til å kjøpe et bolighus av bedriften han jobbet for til en gunstig pris. (Se punkt 4.4.2.2 for en nærmere redegjørelse for saksforholdet.) Denne kjøperetten ble imidlertid først tinglyst ca 10 måneder etter avtaleinngåelsen.

⁶⁸ NOU s. 294

⁶⁹ Huser s. 366

Førstvoterende uttaler at han *”ikke (kan) se at situasjonen på det tidspunkt – to år før konkursen – hadde utviklet seg slik at det var utilbørlig at Palonen fikk etablert rettsvern for kjøperetten.”*. Dommen er således et eksempel på at etablering av rettsvern *ikke* ble ansett som utilbørlig. Avgjørelsen fremstår imidlertid som konkret og er ikke avgjørende for resultatet i saken. Det forutsettes dessuten at under andre omstendigheter kunne resultatet av vurderingen blitt en annen. Uttalelsen får derfor begrenset betydning for spørsmålet om det kan gjelde noen *formodning* for at etablering av rettsvern er å anse som utilbørlig i § 5-9's forstand.

Spørsmålet har altså ikke fått noen klar løsning gjennom Høyesterettspraksis. Det finnes imidlertid eksempler fra underrettspraksis som viser at det sjelden vil være utilbørlig å skaffe rettsvern, jfr. eksempelvis RG-1973-442 og RG-1991-1038. I den førstnevnte dommen var saksforholdet i korthet følgende: En næringsdrivende som drev sin virksomhet som personlig selskap, utstedte forlagspantebrev til banken. Senere ble det personlige firmaet gjort om til aksjeselskap. Det tok imidlertid lang tid før formalitetene i forhold til banken kom i orden. Men både banken og styret i det nye aksjeselskapet må anses for å ha forutsatt at banken fortsatt skulle ha panteretten. For å få orden på det formelle blir et nytt forlagspantebrev utstedt til banken, og dette blir senere tinglyst. Tingslysningen skjedde ca fire måneder før konkursbegjæring. Byretten mener at det ikke kan være rettsstridig eller subjektivt klanderverdig at banken på denne måten sikrer sin rett ved å få dokumentasjon og rettsvern på plass. Disposisjonen kunne følgelig ikke rammes av den da ulovfestede subjektive omstøtelsesregel.

I den andre dommen var saksforholdet i korthet følgende: En bank innvilget debitor et lån. Det var forutsatt at banken som sikkerhet for lånet skulle få pant i en leierett med driftstilbehør. Lagmannsretten legger til grunn at panteretten ble avtalt samtidig med låneavtalen. Pantobligasjonen ble imidlertid ikke tinglyst før ca fem måneder senere. Debtors konkursbo hevdet at det var grunnlag for omstøtelse. De får ikke medhold i kravet om omstøtelse etter § 5-7 da retten mener man her var utenfor fristen i denne bestemmelsen. Retten finner heller ikke at det er grunnlag for omstøtelse etter § 5-9, først

og fremst fordi uaktsomhetsvilkåret ikke blir ansett å være oppfylt. Allikevel uttaler retten seg om forholdet til utilbørighetsvilkåret i denne saken. Da retten som nevnt legger til grunn at pantsettelsen ble avtalt mellom partene allerede ved låneutbetalingen, mener de at pantsettelsen ikke kan anses som noen illojal disposisjon, men som en *”oppfyllelse av en avtalt forutsetning”*. Utilbørighetsvurderingen avsluttes med denne generell betraktning: *”Hvor praktiske problem har forsinket gjennomføringen av sikringsakten kan dette isolert sett verken objektivt eller subjektivt karakteriseres som en utilbørlig disposisjon i en situasjon som den foreliggende.”*

Heller ikke i disse underrettsdommene ble etableringen av rettsvern ansett som utilbørlig. Den sistnevnte dommens uttalelser om utilbørighetsvilkåret er imidlertid ledd i et obiter dicta, og den avsluttende betraktningen må anses som unødvendig generell. Det er ikke klart om retten mener å uttale seg om § 5-7(1)(b). Synspunktet kan imidlertid neppe være holdbart i forhold til denne bestemmelsen.⁷⁰ Med hensyn til § 5-9 og utilbørighetsvurderingen derimot, fremstår uttalelsene som mer treffende og har støtte i generelle rimelighetsbetraktninger.

Den løsning som blir lagt til grunn i disse underrettsdommene, fremstår som den rimeligste løsningen av hensyn til den tilgodesette kreditor. Sommel med tinglysningen kan straffe seg ved konkurs på grunn av de vanlige prioritetsregler og § 5-7(1)(b). Hvor det kun er tale om slik sommel, vil det kunne virke urimelig hardt overfor kreditor å la forholdet rammes av § 5-9 og på denne måten utvide straffen ytterligere.⁷¹ Jevnføringen til de objektive reglene er som nevnt tidligere, begrunnet med at disposisjonene som etter sin art rammes av disse, har noe suspekt ved seg og formodes å være illojale. Dette vil imidlertid ikke nødvendigvis være tilfelle for de disposisjoner som rammes av § 5-7(1)(b). Som det kommer frem ovenfor ved redegjørelsen for begrunnelsen for regelen i litra b, er det notoritets- og publisitetshensyn, samt et innslag av retts tekniske hensyn som ligger bak. I

⁷⁰ Huser i note 161 s. 539

⁷¹ Falkanger s. 126

og med at den aktuelle disposisjon ofte kun vil være et utslag av sammel eller praktiske vanskeligheter, slår ikke begrunnelsen for en jevnføring til i disse tilfellene.

På den annen side kan man resonnerer slik at uten rettsvern er panteretten intet verdt i konkurssituasjonen. Tinglysningen er altså avgjørende og må likestilles med etablering av panteretten.⁷² Dette harmonerer også med regelen i dekningsloven § 5-10. På denne måten kan man anvende de samme betraktninger som med hensyn til litra a om sikring av tidligere usikrede forpliktelser. Denne betraktningsmåten virker imidlertid noe søkt og dessuten urimelig hard i forhold til kreditor. I konkrete tilfeller vil det imidlertid kunne være tale om forsøk på antedatering. Da vil utilbørighetskarakteristikken være treffende. Ved en jevnføring til § 5-7(1)(b) vil slike tilfeller lettere kunne rammes også hvor tinglysningen skjer utenfor tre månedersfristen.

I den juridiske teori er meningene delte.⁷³ Løsningen på spørsmålet er etter dette ikke utvilsom. Da det ikke foreligger noen tungtveiende rettskilder som direkte avgjør spørsmålet, legger jeg avgjørende vekt på eksemplene fra rettspraksis samt reelle hensyn. Da det ikke er noen formodning for at de disposisjoner som rammes av § 5-7(1)(b) har noe suspekt eller illojalt ved seg, slår ikke begrunnelsen for jevnføringen til de objektive reglene til i dette tilfellet. Hvor det er tale om forsøk på en antedatering, ligger det eventuelt utilbørlige ikke i selve anskaffelsen av rettsvern, men i det forhold at sikkerhetsstillelsen her ble avtalt etter gjeldsstiftelsen. Min konklusjon er etter dette at det ikke kan oppstilles noen formodning for at etablering av rettsvern er utilbørlig i dekningslovens § 5-9's forstand. Dette standpunkt har også støtte i flere fremstillinger i den juridiske teori.⁷⁴ Man kan imidlertid ikke prinsipielt utelukke at etablering av rettsvern etter en konkret vurdering vil kunne oppfylle utilbørighetsvilkåret, jfr. uttalelsene i Rt-1995-259.

⁷² Falkanger s. 125

⁷³ Se note 74

⁷⁴ Andenæs s. 285, Falkanger s. 126, Sandvik s. 57. Huser synes imidlertid å være av motsatt oppfatning, s. 538-539

3.6 Betydningen av formildende momenter

3.6.1 Eksempel: Måten fordringshaverens krav er oppstått

Da utilbørighetsvurderingen som nevnt gir anvisning på en konkret helhetsvurdering av disposisjonen, vil også andre momenter enn disposisjonens art kunne trekkes inn, jfr. punkt 2.2.3 ovenfor. Disse momentene kan være av formildende art, slik at en disposisjon som etter sin art faller inn under en objektiv regel, i det konkrete tilfellet allikevel kan bli ansett som tilbørlig. Rt-1967-993 (Slotfeldt-Ellingsen) illustrerer hvordan momentet knyttet til hvordan fordringshaverens krav er oppstått (se punkt 2.2.3.5), kan virke inn på utilbørighetsvurderingen på denne måten.

Saken gjaldt blant annet en håndpantsettelse til dekning av gjeld konkursdebitor hadde pådratt seg som en følge av underslag han hadde gjort som styreformann i kreditorselskapet. Det var altså tale om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld som etter sin art rammes av dekningslovens § 5-7(1)(a). Boet fikk allikevel ikke medhold i at sikkerhetsstillelsen kunne omstøtes på subjektivt grunnlag da kreditors forhold ikke kunne betegnes som kritikkverdig eller illojalt. At fordringshaverens fordring var oppstått ved underslag, blir tillagt avgjørende vekt i formildende retning. Det bør imidlertid nevnes at det i den juridiske teori er blitt stillet spørsmål ved om dommen uttaler seg om noe mer enn uaktsomhetsvilkåret.⁷⁵ Jeg mener imidlertid det er forsvarlig å legge til grunn at Høyesterett tar stilling til det dagjeldende illojalitetsvilkåret, og i den forbindelse legger avgjørende vekt på måten fordringen var oppstått.

Til tross for at det ikke formuleres noen klar konklusjon med hensyn til uaktsomhetsvilkåret, og at det ikke gjøres noe klart skille mellom utilbørighetsvurderingen på den ene siden og uaktsomhetsvurderingen på den annen, er det mest nærliggende å legge denne tolkning til grunn. Førstvoterende uttaler: ”Dersom omstøtelse skal kunne skje, må det – som lagmannsretten har nevnt – være et vilkår at kreditors forhold kan betegnes

⁷⁵ Andenæs note 24 s. 283

som kritikkverdig eller illoyalt.” Det vises riktignok til at det er *kreditors* forhold som må være illojale, men illojalitetsvilkåret var også på den tiden dommen ble avsagt ansett som et vilkår atskilt fra uaktsomhetsvilkåret. Derfor mener jeg det er mer nærliggende å se det slik at uttalelse fra førstvoterende etter den siterte innledningen knytter seg til illojalitetsvilkåret, ikke uaktsomhetsvilkåret.

3.6.2 Skille mellom kreditorbegunstigelser og aktivaunndragelser

Bortsett fra den nevnte Slotfeldt-Ellingsen-dommen, er det vanskelig å finne gode eksempler fra rettspraksis på at formildende momenter har medført at en disposisjon som etter sin art rammes av en objektiv regel, allikevel ble ansett som tilbørlig. Eksemplet ovenfor gjelder en *kreditorbegunstigelse*. Man kan derfor stille spørsmål om hvorvidt formildende momenter kan medføre at man må gjøre unntak fra formodningen om utilbørlighet hvor det er tale om en *aktivaunndragelse*, og man kan jevnføre til reglene i §§ 5-2 til 5-4.

Det utilbørlige ved aktivaunndragelsene ligger mer i dagen enn ved disposisjonene som omfattes av de øvrige objektive regler. Det suspekte ved slike disposisjoner er enda mer åpenbart og presumsjonen for at det foreligger klanderverdige forhold, er særlig sterk her. Dette er reflektert i de objektive omstøtelsesreglene ved at de boforringende disposisjoner er undergitt atskillig lengre frister enn de kreditorbegunstigende disposisjoner. (Se nærmere punkt 3.2 ovenfor.) Det er derfor grunn til å hevde at hvor disposisjonen etter sin art rammes av en av de objektive reglene §§ 5-2 til 5-4, vil dette være et *ekstra* tungtveiende moment for å anse den som utilbørlig.

Til støtte for dette kan det vises til avgjørelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg publisert i Rt-1991-653. Her ble det fra boets side hevdet at lagmannsretten hadde tolket dekningslovens § 5-9 feil. Lagmannsretten hadde kommet frem til at det forelå gavesalg, at insolvens forelå på det tidspunkt da eiendommen ble overført og at utilbørlichetsvilkåret dermed var oppfylt. Kjæremålsutvalget mente det ikke kunne kreves at lagmannsretten skulle ha gått nærmere inn på utilbørlichetsvurderingen og kjæremålet forkastes. At det var

tale om gavesalg, dvs. en disposisjon som etter sin art rammes av § 5-2, fremstår som et helt avgjørende moment. Kjæremålsutvalget fremhevet imidlertid også at gavesalget involverte *”betydelige verdier”*. Det er blant annet på denne bakgrunn, samt med en henvisning til det lagmannsretten har funnet bevist, herunder insolvensen, at kjæremålsutvalget mener at det ikke var en feil at lagmannsretten ikke hadde gått nærmere inn på utilbørighetsvurderingen. Som nevnt i punkt 2.2.3.2 er størrelsen av boets tap et relevant moment også ved utilbørighetsvurderingen. Det samme gjelder arten og graden av debtors økonomiske problemer, jfr. punkt 2.2.3.3 ovenfor. Også i denne saken ble altså andre momenter trukket frem. I lagmannsrettsdommen publisert i LF-1994-428 ble imidlertid det forhold at det er tale om en aktivaunndragelse, alene ansett som tilstrekkelig til å gjøre disposisjonen utilbørlig. Etter å ha konstatert at det er tale om en aktivaunndragelse uttales følgende: *”Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at denne unndragelse må karakteriseres som utilbørlig. Lagmannsretten kan ikke se noen grunn som kan rettfærdiggjøre en slik unndragelse”*

Hvor det er tale om en aktivaunndragelser vil det følgelig sjeldent foreligge formildende momenter som er tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne at det må gjøres unntak fra den generelle formodningen om utilbørighet. Til støtte for dette kan det eksempelvis vises til Rt-1988-1327 (Reksten). I denne saken ble en gave omstøtt etter den da ulovfestede subjektive omstøtelsesregel. Her påpeker førstvoterende innledningsvis særegenheter knyttet til tidsforløpet i saken, men konkluderer med at dette ikke kunne få *”avgjørende betydning for de rettslige spørsmål.”* Som det fremgår av punkt 2.2.3.6 ovenfor, kan tidsmomentet være et formildende moment, men dette ble altså ikke tillagt vekt i denne saken.

Muligheten for at formildende momenter skal kunne medføre at en disposisjon som etter sin art faller innenfor en objektiv regel i det konkrete tilfellet allikevel kan bli ansett som tilbørlig, vil altså antagelig variere ettersom det er tale om en kreditorbegunstigelse eller en aktivaunndragelse. Det er grunn til å hevde at det sjelden vil foreligge tilstrekkelig tungtveiende formildende momenter til å begrunne et slikt resultat hvor det er tale om en

aktivaunndragelse. Allikevel kan det ikke prinsipielt utelukkes. Men så vidt vites finnes ingen eksempler på dette fra rettspraksis.

3.7 Oppsummering

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, ligger det en betydelig praktisk fordel i muligheten for analogisering fra de objektive reglene ved vurderingen av utilbørighetsvilkåret. Lovgiver har allerede eksplisitt fremhevet de mest praktiske omstøtelsesverdige disposisjonstypene. Formodningen om sammenfall kan imidlertid ikke legges til grunn uten at det gjøres enkelte modifikasjoner og unntak. Det kan etter dette konkluderes med at gruppen av utilbørlige disposisjoner i § 5-9's forstand i stor grad vil være sammenfallende med gruppen av disposisjoner som etter sin art rammes av de objektive regler, men det er ikke tale om noen fullstendig overlapping.

4 Disposisjoner som etter sin art faller utenfor de objektive regler

4.1 Innledning

Som allerede nevnt er § 5-9 en generalklausul. Angivelsen av de omstøtelige disposisjoner i § 5-9, som utilbørighetsvilkåret utgjør den mest sentrale del av, er mer generell enn i de objektive omstøtelsesreglene. Også disposisjoner som ikke faller innenfor noen av de objektive reglene, vil derfor kunne være utilbørlige i § 5-9's forstand. Dette vil også være et av bestemmelsens mest praktiske anvendelsesområder.⁷⁶ I det følgende vil det bli sett nærmere på hvordan utilbørighetsvurderingen blir i disse tilfellene. Og det vil bli gjort rede for de mest praktiske disposisjonstypene utenfor de objektive reglene som vil kunne rammes. For det første vil disposisjonstyper hvis omstøtelighet etter den aktuelle objektive omstøtelsesregel er tvilsom, kunne være utilbørlig i § 5-9's forstand. Det samme gjelder disposisjonstyper som overhodet ikke er regulert av de øvrige omstøtelsesreglene. I punkt 4.3 vil det blir gjort rede for enkelte disposisjonstyper som grenser til de objektive reglene. Deretter vil det i punkt 4.4 bli gitt eksempler på disposisjonstyper som faller helt utenfor området for de objektive reglene, men som allikevel kan oppfylle utilbørighetsvilkåret.

4.2 De objektive reglenes betydning

Hvor disposisjonen etter sin art faller utenfor de objektive omstøtelsesregler, vil utgangspunktet for utilbørighetsvurderingen bli et annet enn fremholdt ovenfor i punkt 4 om disposisjoner som faller innenfor de objektive reglene. Her vil man ikke på samme måte kunne støtte seg på en jevnføring med de objektive reglene. Disse reglene vil allikevel kunne være til noe hjelp ved avgjørelsen av utilbørighetsspørsmålet. For det første må man

⁷⁶ NOU s. 297

også i denne situasjonen kunne anvende forarbeidenes anvisning på analogisering.⁷⁷ Det forhold at den aktuelle disposisjon *ligner på* en disposisjon som rammes av en objektiv regel, vil være et argument for at den omtvistede disposisjon må anses som utilbørlig.⁷⁸ For det andre vil de momenter som tilsier at disposisjonen ikke rammes av en objektiv regel, samtidig kunne tale mot at disposisjonen er å anse som utilbørlig.⁷⁹ Rt-2001-1136 (Kjells Markiser) (se nærmere punkt 4.3.2.3) og Rt-1982-1232 (Ruud og Ziener) er gode eksempler på dette. I sistnevnte dom hadde debitor fått kreditt fra sin bankforbindelse mot transport på visse fordringer. Ved illojalitetsvurderingen legges det avgjørende vekt på slike betraktninger som ovenfor i punkt 2.2.3.1.1 er omtalt som ”redningsaksjonsmomentet”. Dette blir også tillagt vekt ved vurderingen av den objektive regel, og det konkluderes med at den avtalte ordning lå utenfor det loven tar sikte på å ramme. Men man må imidlertid være forsiktig med antiteser.⁸⁰ Som nevnt innledningsvis er § 5-9 en generalklausul, og er ment å supplere de objektive reglene.

4.3 Disposisjoner som grenser til de objektive reglene

I en del tilfeller vil det være uklart om den aktuelle disposisjon faller innenfor eller utenfor en objektiv regel. Eller situasjonen vil kunne være den at disposisjonen ligger tett opptil hva som rammes av en objektiv regel. Slike disposisjoner vil kunne anses som utilbørlige i § 5-9's forstand. Nedenfor vil det bli gjort rede for tre spesielt interessante og praktiske disposisjonstyper i så henseende. For fullstendighetens skyld bør det imidlertid påpekes at også andre disposisjoner som grenser til de objektive reglene, vil kunne rammes av utilbørlighetskarakteristikken. Eksempelvis vil dette kunne være tilfellet for vederlagsfrie

⁷⁷ NOU s. 297

⁷⁸ Huser s. 521

⁷⁹ Andenæs s. 283-284

⁸⁰ Huser s. 521

disposisjoner som ikke oppfyller gavevilkåret i § 5-2 på grunn av mangel på preg av gavmildhet fra skyldnerens side.⁸¹

4.3.1 Subjektiv omstøtelse av kongruente betalinger - forholdet til begrensningen i § 5-5

Med hensyn til de såkalte kongruente betalinger kan det stilles spørsmålstegn ved den objektive omstøtelsesregelens betydning for utilbørighetsvurderingen. I § 5-5 første ledd tredje alternativ begrenses muligheten for å omstøte slike betalinger til de tilfeller hvor betalingen er foretatt ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne.” Hva som ligger i formuleringen er noe omtvistet. Ut fra ordlyden synes dette alternativet å gi anvisning på en vurdering av betalingens størrelse sett i forhold til skyldnerens likviditet. Dette har også støtte i forarbeidene hvor det uttales at beløpets størrelse skal ses i forhold til debtors ”*omsetning og vanlige likviditet*.”⁸² I den juridiske teori er det imidlertid blitt fremholdt at det har mer for seg å legge vekt på beløpets størrelse jevnført med verdien av debtors tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet.⁸³ Ved denne vurderingen beskrives altså betalingens størrelse som en prosentsats av aktivene. Grensen for hva som kan anses som ”betydelig” ved denne vurderingen er blitt anslått å ligge i intervallet 15-20%.⁸⁴ Rettspraksis er ikke entydig med hensyn til om en slik grense kan være avgjørende. I Rt-1999-64 legger Høyesteretts flertall vekt på friere likviditetsbetraktninger, men førstvoterendes uttalelser er vage og det er ikke helt utvilsomt om grensen trukket opp i den juridisk teori med dette er fullstendig forkastet. Prosentgrensen er blitt anvendt i senere underrettspraksis, jfr. eksempelvis LB-2004-13673 hvor en betaling som utgjorde ca 25 % av selskapets aktiva ble ansett å oppfylle vilkåret.

⁸¹ Andenæs s. 288, Brækhus s. 144-145

⁸² NOU s. 291

⁸³ Huser s. 312, støttes til dels av Andenæs s. 254

⁸⁴ Huser s. 314

Stillingtagen til dette spørsmålet er imidlertid ikke avgjørende for den problemstilling som skal tas opp her. Det sentrale er at § 5-5 oppstiller et nokså strengt krav til beløpets størrelse ved at forringelsen av betalingsevnen må være ”betydelig” for å rammes av bestemmelsen. Det er tvilsomt om den grensen som gjelder ved anvendelse av den objektive regel også må legges til grunn ved vurderingen av utilbørighetsvilkåret.

I forarbeidene påpekes det at også andre kongruente betalinger enn de som rammes av § 5-5 vil kunne rammes av § 5-9.⁸⁵ Det er naturlig å tolke dette dit hen at også en betaling som ikke er ”betydelig” i § 5-5’s forstand, vil kunne være utilbørlig. Mye taler for en slik løsning. Som allerede påpekt er ordlyden i § 5-9 langt mer generell enn i de objektive reglene. Kravet om utilbørighet gir - i motsetning til vilkåret i § 5-5 om ”betydelig forringet (...) betalingsevne” - ikke noen umiddelbar anvisning på at beløpets størrelse alene vil være avgjørende. De hensyn som begrunner begrensningen i § 5-5, gjør seg heller ikke gjeldende ved anvendelse av § 5-9. For å unngå urimelige resultater er omstøtelse etter de objektive reglene knyttet til helt spesifikke vilkår. Og i disse er det av samme grunn innbakt visse sikkerhetsmarginer.⁸⁶ Ved anvendelse av § 5-9 vil imidlertid både den helhetsvurdering som skal foretas ved avgjørelsen av om disposisjonen er utilbørlig, samt de øvrige vilkår i bestemmelsen innebære en tilfredsstillende sikkerhet mot urimelige resultater.

Til støtte for dette kan det også vises til eksempler fra underrettspraksis hvor utilbørighetsvilkåret blir ansett oppfylt uten at det blir sett hen til beløpets størrelse. I RG-1993-212 legger retten ved utilbørighetsvurderingen avgjørende vekt på at det var tale om en tilsiktet forfordeling fra debtors side. Betaling ble gitt til et utvalg blant kreditorene på grunnlag av hvem som maste mest, og hvem debitor anså det som mest fordelaktig å holde seg på godfot med. Også i RG-1990-83 var det tale om en kongruent betaling som ble omstøtt uten hensyn til beløpets størrelse. Retten legger avgjørende vekt på kreditors nære forhold til debtorselskapet i hans egenskap av å være eneaksjonær, styreformann og daglig

⁸⁵ NOU s. 298

⁸⁶ Huser s. 533

leder, og at han følgelig var fullt klar over selskapets insolvens og at betalingen innebar en forfordeling av ham selv på de øvrige kreditorenes bekostning. Eksempelene viser at hvor andre momenter taler for at disposisjonen må anses som utilbørlig, er ikke beløpets størrelse avgjørende. I forarbeidene fremheves særlig at det vil kunne legges vekt på *”hvor nærliggende det endelige sammenbrudd synes å være på betalingstiden.”*⁸⁷ Fra rettspraksis knyttet til den ulovfestede subjektive reglen, kan det vises til Rt-1932-662 hvor det fremgår at det heller ikke tidligere ble operert med bestemte krav til betalingens størrelse.

Etter dette må det anses som utvilsomt at også kongruente betalinger som ikke oppfyller kravene i § 5-5, kan være utilbørlige i § 5-9's forstand. På den annen side er det klart at beløpets størrelse vil ha betydning ved utilbørlighetsvurderingen, jfr. ovenfor i punkt 2.2.3.2 om at graden av tap for boet vil være et relevant moment å legge vekt på. Hvor betalingen er stor, og særlig hvor den er så stor at den er å anse som ”betydelig” i § 5-5's forstand slik at man kan støtte seg på en jevnføring til denne, vil dette være et argument for å karakterisere disposisjonen som utilbørlig.⁸⁸ Derimot vil det være et argument mot å anse utilbørlighetsvilkåret som oppfylt om det kun er tale om et lite beløp.⁸⁹ Til illustrasjon kan det eksempelvis vises til RG-1992-498. Her ble ikke betalingen ansett som ”betydelig” i § 5-5's forstand. Subjektiv omstøtelse med hjemmel i § 5-9 var heller ikke aktuelt. Ved denne avgjørelsen ble det blant annet lagt vekt på beløpets størrelse.

4.3.2 Forholdet til ordinærreservasjonen

For å omstøte en gjeldsbetaling på objektivt grunnlag kreves det, som allerede nevnt, at betalingen ”etter forholdene (...) ikke fremtrådte som ordinær.” Som påpekt ovenfor i punkt 3.3, medfører ordinærreservasjonen i § 5-5 en komplisering ved en jevnføring til denne regelen. I det følgende vil det først bli gitt en generell redegjørelse for hva som

⁸⁷ NOU s. 298

⁸⁸ Slik også Huser s. 534

⁸⁹ Slik også Huser s. 534

ligger i ordinærreservasjonen. Deretter vil dette bli holdt opp mot innholdet av utilbørighetsvilkåret, og herunder vil det bli sett nærmere på spørsmålet om utilbørighetsvilkåret kan innebære en utvidelse sett i forhold til den begrensning ordinærreservasjonen innebærer for anvendelsesområdet til § 5-5. Avslutningsvis vil det bli gitt en generell beskrivelse av forholdet mellom de to vurderingene.

4.3.2.1 Innholdet av "ordinær"-reservasjonen

"Ordinær" er i likhet med "utilbørlig" et vagt begrep, hvor man ikke kommer langt med en ren ordlydsfortolkning. Man kommer ikke lengre enn til å angi visse synonymer, slik som *vanlig*, *normal*, *alminnelig* osv. Dette vil til en viss grad bidra til en nærmere presisering av hva begrepet innebærer. I denne sammenheng vil en betaling være *normal* først og fremst når den ikke har noe med skyldnerens betalingsvanskeligheter og forestående konkurs å gjøre. Også regelens formål tilsier at det legges vekt på hvorvidt betalingen fremstår som begrunnet i disse forhold. Slike betalinger vil i særlig grad krenke prinsippet om likebehandling av kreditorene.⁹⁰ På den annen side må det også tas tilbørlig hensyn til alminnelige omsetningsinteresser.⁹¹ På denne måten blir det tale om en interesseavveining. Videre fremgår det av rettspraksis at man må foreta en konkret og individuell helhetsvurdering av den aktuelle betaling.⁹² Da det avgjørende etter bestemmelsen er om betalingen "fremtrådte" som ordinær, er det de ytre faktorer som skal tas med i denne helhetsvurderingen.⁹³ Partenes subjektive forestillinger er således irrelevant. Dette er helt i samsvar med bestemmelsens generelle objektive karakter. Spørsmålet blir derfor om betalingen objektivt sett fremstår som begrunnet i andre forhold enn økonomiske problemer hos debitor.⁹⁴

⁹⁰ Huser s. 263

⁹¹ Se Rt-1997-1623

⁹² Rt-1995-222, Rt-1993-289, Rt-1997-1623

⁹³ Huser s. 265

⁹⁴ Huser s. 264

Det fremgår av forarbeidene at det nærmere innholdet av ordinærreservasjonen varierer avhengig av hvilket av alternativene i § 5-5 som er det aktuelle.⁹⁵ Når det gjelder alternativet *betaling med usedvanlig betalingsmiddel* fremholdes det at ordinærreservasjonen neppe medfører noe mer enn det som ligger i at betalingsmidlet skal være "usedvanlig". Med hensyn til *betaling før normal betalingstid* vil reservasjonen få større betydning. For det første nevnes at omstøtelse ikke bør kunne skje hvor betalingen er foretatt for tidlig av "rent praktiske hensyn". Det påpekes at dette for eksempel vil være tilfellet hvor debitor er ute i god tid for å være sikker på at det ikke blir noe mislighold. Som et annet eksempel vises det til den situasjon at debitor selv har mottatt en større betaling og betaler med en gang for å unngå bryet og omkostningene ved å sette pengene i banken bare for noen dager. For det andre nevnes også at forbeholdet for ordinære betalinger vil få betydning hvis debitor innfrir gjelden før normal betalingstid i forbindelse med konvertering til et nytt lån på bedre lånevilkår. Hvor det er økonomisk fordelaktig å betale før normal betalingstid, vil dette altså kunne medføre at betalingen er å anse som ordinær. Også i forhold til *beløp som betydelig forringet skyldnerens betalingsevne*, påpekes det at reservasjonen vil ha stor betydning. Betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning, slik som vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn skatter osv, vil være å anse som ordinær betaling. Det presiseres at betalingen blir ekstraordinær først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter som har vært forfalt og så vidt misligholdt i lengre tid.

En gjennomgang av rettspraksis knyttet til § 5-5 viser at vurderingen av ordinærreservasjonen hovedsakelig knyttes opp mot disse presiseringene. Men også andre momenter trekkes inn og fremstår således som relevante momenter i den helhetsvurderingen som skal foretas. For det første gjelder dette *nærhet* til konkursen. Dette påpekes blant annet i Rt-1993-289 (Gamvikfisk), samt i LH-1999-871. For det andre fremgår det at det vil være relevant å se hen til *graden av debtors økonomiske*

⁹⁵ NOU s. 291-292

vanskeligheter, jfr. Rt-1993-289 og Rt-1995-222 (Direkte reklame). For det tredje vil et eventuelt *press fra kreditor* kunne tillegges betydning, jfr. Rt-1995-222 og LH-1999-871. Dessuten vil det være av betydning om kreditor er debtors *nærstående*. Dette fremheves i Rt-1997-1623 (Royal Christiania). Det vil også kunne ha betydning *om driften ble forsøkt holdt i gang*, jfr. Rt-1995-222 og RG-2000-1579. Momentene fremstår imidlertid som sekundære i forhold til presiseringene i forarbeidene. De blir først og fremst tillagt betydning hvor de nevnte presiseringene ikke gir noen klar løsning, eller som tilleggsmomenter til støtte for den løsning som følger av dem.

4.3.2.2 Sammenligning med utilbørighetsvilkåret

Sammenligner man denne redegjørelsen for innholdet av ordinærreservasjonen med hvordan innholdet av utilbørighetsvilkåret er utlagt ovenfor under punkt 2.2, finner man mange likhetspunkter. Det er således grunn til å stille spørsmål om hvorvidt utilbørighetsvilkåret kan innebære noen utvidelse her – eller mer presist – om ordinære betalinger i § 5-5's forstand kan være utilbørlige.

Dette spørsmålet er ikke behandlet i forarbeidene, det har ikke fått noen avgjørelse i Høyesterettspraksis, og i teorien er oppfatningen delte.⁹⁶ Da det er tale om to ulike formuleringer i to ulike bestemmelser, er det imidlertid mest nærliggende å anta at vurderingene ikke kan være fullstendig sammenfallende.⁹⁷ En gjennomgang av rettspraksis hvor det er blitt tatt stilling til både ordinærreservasjonen og utilbørighetsvilkåret, viser imidlertid påfallende mange eksempler av tilfeller hvor disposisjonen både blir ansett som ekstraordinær og utilbørlig.⁹⁸ Dette er i godt samsvar med det som blir fremholdt om jevnføringen til de objektive reglene ved utilbørighetsvurderingen under punkt 3.1 ovenfor. Det er også en del eksempler hvor betalingen blir ansett som ordinær, og tilbørlig,

⁹⁶ Huser s. 533, Lennander s. 241. Motsatt Sandvik s. 56.

⁹⁷ Slik også Huser s. 532

⁹⁸ Se eksempelvis LA-1994-885, LB-1994-1026, RG-2006-8

hvilket understøtter det som ble fremholdt under punkt 4.2.⁹⁹ Begge disse kategoriene viser at resultatet av vurderingene ofte vil være sammenfallende.

Flere forhold taler imidlertid for at det må være rom for en utvidelse av omstøtelsesadgangen etter den subjektive regel. For det første har ordinærreservasjonen en mer sentral funksjon som sikkerhetsventil mot urimelige resultater ved omstøtelse etter § 5-5 enn utilbørighetsvilkåret har i § 5-9. Dette henger sammen med at § 5-5 verken inneholder noe alminnelig økonomisk vilkår eller subjektive vilkår.¹⁰⁰ For det andre fremgår det av redegjørelsen ovenfor at man ved ordinærvurderingen utelukkende skal ta de ytre forhold i betraktning. Ved utilbørighetsvurderingen derimot vil også kreditors subjektive forhold være et relevant moment, jfr. punkt 2.2.3.1.1. Kan det bevises at kreditor i et spesielt tilfelle har vært i ond tro, vil dette være et skjerpende moment ved utilbørighetsvurderingen, og omstøtelse vil etter omstendighetene måtte kunne skje etter § 5-9 selv om betalingen i og for seg var ordinær.¹⁰¹ Videre fremgår det av rettspraksis at ordinærvurderingen generelt sett er mer bundet enn utilbørighetsvurderingen. Som påpekt ovenfor knyttes vurderingen av ordinærreservasjonen hovedsakelig til de presiseringer som følger av forarbeidene.

Som illustrasjon kan det vises til lagmannsrettsdommen publisert i LF-1994-613. Her var det tale om en gjeldsbetaling som ble innfridd noe forsinket, og bare 22 minutter før skifteretten avsa kjennelse om konkursåpning hos debitor. Retten mener det er klart at vilkåret i § 5-5 om betydelig forringelse av betalingsevnen er oppfylt. Betalingen ble imidlertid ansett som ordinær. Det fremheves at betalingen skjedde som forutsatt mellom partene. Videre viser retten til sitater fra forarbeidene og påpeker i tilknytning til disse at det kun var tale om en kort betalingsforsinkelse, og at denne lå innenfor det påregnelige i dette forholdet. Gjeldsbetalingen kunne følgelig ikke omstøtes med hjemmel i § 5-5. Men ved vurderingen av omstøtelse på grunnlag av § 5-9, finner retten at utilbørighetsvilkåret

⁹⁹ Se eksempelvis Rt-2001-1136, LE-1992-2392, LB-2000-3552

¹⁰⁰ Huser s. 533

¹⁰¹ Slik også Lennander s. 241

må kunne anses oppfylt under henvisning til at det var tale om en bevisst kreditorbegunstigelse, at debtors økonomiske stilling var ”*til overmål svak*” og at debitor var klar over at konkursen var nær. Disposisjonen ble imidlertid ikke omstøtt da uaktsomhetsvilkåret i § 5-9 ikke var oppfylt. Knyttet til de to vurderingene fremheves altså to ulike sett med relevante momenter, og dette medfører at resultatene ikke blir sammenfallende. Resultatet av ordinærvurderingen knytter seg hovedsakelig til uttalelsene i forarbeidene og spørsmålet som reises knyttet til disse. Ingen av de øvrige momentene i listen ovenfor blir nevnt. Ved utilbørighetsvurderingen stiller retten seg imidlertid friere og fremhever debtors subjektive forhold og graden av debtors økonomiske problemer.

I mangel av mer autoritative rettskilder, må det på bakgrunn av de ovenfor nevnte forhold og eksempelet fra underrettspraksis, kunne konkluderes med at også en ordinær betaling i § 5-5's forstand, vil kunne oppfylle utilbørighetsvilkåret i § 5-9. Dette vil følgelig være et eksempel på en disposisjonstype som faller utenfor de objektive regler, men som allikevel kan være å anse som utilbørlig.

4.3.2.3 Generelle betraktninger

Når man ser på forholdet mellom disse to vurderingene får man fire mulige sammenstillinger av resultater. For det første kan disposisjonen bli ansett som ekstraordinær og samtidig utilbørlig(1). For det andre kan disposisjonen bli ansett som ordinær og ikke utilbørlig(2). I disse to situasjonene er resultatene sammenfallende. For det tredje har man den muligheten at disposisjonen blir ansett som ordinær, men allikevel utilbørlig(3). (Se figur nedenfor.) Som fremholdt ovenfor er dette mulig. Til sist har man den mulighet at disposisjonen blir ansett som ekstraordinær, men ikke utilbørlig. Det vil følgelig kunne være tale om en slik situasjon som er omtalt i punkt 3.6 ovenfor; formildende momenter kommer inn og medfører at utilbørighetsvilkåret allikevel ikke kan anses oppfylt. I teorien holdes muligheten åpen for at slike tilfeller kan oppstå.¹⁰² Så vidt

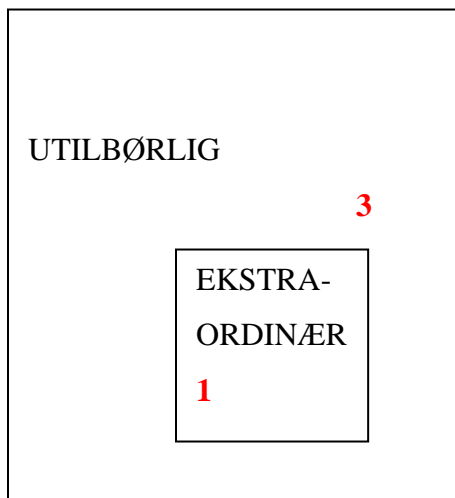
¹⁰² Huser s. 532

vites finnes imidlertid ingen slike eksempler i rettpraksis. Det er således tvilsomt om det vil være en kombinasjon som vil oppstå i praksis. I Rt-2001-1136 (Kjells markiser) synes førstvoterende å legge til grunn at forholdet mellom de to vurderingene er slik at denne kombinasjonen ikke vil være aktuell. Det vises til at Lagmannsretten har funnet at de omtvistede disposisjoner må anses som ordinære. I tilknytning til dette uttaler førstvoterende: *”Ut fra den begrunnelse jeg har gitt for ikke å finne betalingene utilbørlige i forhold til de øvrige kreditorer, fremgår det at jeg er enig i dette.”*

For ordens skyld er det imidlertid grunn til å nevne avgjørelsen inntatt i RG-1992-498 hvor disposisjonen av lagmannsretten blir ansett som ekstraordinær, men ikke utilbørlig. Men disposisjonen kunne allikevel ikke omstøtes med hjemmel i § 5-5 da vilkåret om betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne ikke var oppfylt. Rettens stillingtagen til ordinærreservasjonen var således ikke avgjørende for resultatet i saken. Jeg velger derfor å ikke legge avgjørende vekt på denne avgjørelsen da den etter min systematikk er et eksempel på en disposisjon som falt utenfor en objektiv regel, og samtidig ikke ble ansett som utilbørlig.

På bakgrunn av denne gjennomgangen kan det fremsettes en tese om at forholdet mellom de to vurderingene er slik figuren nedenfor viser (forutsatt at de øvrige vilkår i § 5-5 er oppfylt.) De førstnevnte kombinasjoner er merket med tall 1, 2 og 3.

2 TILBØRLIG, ORDINÆR



4.3.3 "Trekantforhold"

4.3.3.1 Rammes sikkerhetsstillelsen av § 5-7?

Et mye omdiskutert spørsmål knyttet til § 5-7 er om den rammer sikkerhetsstillelse for lån som skal benyttes til innfrielse av eldre, usikret gjeld. Det er altså tale om et "trekantforhold" hvor kreditor1 har et usikret krav på debitor. For å innfri dette tar debitor opp et nytt lån fra kreditor2 mot sikkerhet.

Svaret beror på en tolking av uttrykket "*gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerheten ble avtalt*". Ordlyden dekker først og fremst det tilfellet at lånet gis uten

sikkerhet, og at avtale om sikkerhet kommer i etterkant. Om man legger til grunn at gjelden ble pådratt ved stiftelsen av det nye lånet, vil forholdet ikke rammes av § 5-7. Spørsmålet blir imidlertid om man kan legge til grunn at gjelden ble pådratt allerede da den opprinnelige gjeldspost ble stiftet. Ordlyden i § 5-7 gir ikke noe klart svar. Å se hele forholdet i sammenheng og legge til grunn at gjelden ble pådratt ved stiftelsen av den opprinnelige gjeldspost, vil ikke være i strid med lovens ordlyd. Det er således tale om å foreta en presiserende tolking av ordlyden. Forarbeidene omtaler ikke problemstillingen, og spørsmålet har heller ikke fått noen løsning gjennom høyesterettspraksis. I teorien er meningene delte.¹⁰³

Det naturlige utgangspunkt er den formalitetsbundne synsmåte. Man ser da på forholdet mellom debitor og långiver (kreditor 2) isolert. Det er imidlertid i den juridiske teori blitt oppstilt to unntak fra dette utgangspunktet. For det første er det blitt anført at det bør gjøres unntak for de *”rene konverteringstilfelle, dvs. tilfelle hvor det er en uttrykkelig betingelse eller i alle fall en klar forutsetning for det nye lån, at det skal benyttes til betaling av eldre usikret gjeld.”*¹⁰⁴ Likeledes er det for det andre blitt anført at det samme må gjelde hvor kreditor *”visste eller burde forstå at låntageren ville benytte det til betaling av eldre gjeld”*.¹⁰⁵ Med støtte i den nevnte teorien, ble dette også lagt til grunn i en dom fra Nedenes herredsrett, publisert i RG-1996-741.

Faktum i den nevnte underrettsdommen var i korthet følgende: Et selskap tok opp et lån hos et annet selskap mot pantesikkerhet. Debtorselskapet gikk konkurs i underkant av fire måneder senere. Det legges til grunn at sikkerhetsstillelsen ble avtalt samtidig med at gjelden ble pådratt. Lånebeløpet blir betalt direkte fra långiver til to av debtors eldre kreditorer som ikke hadde sikkerhet for sine krav. På denne måten blir kortsiktig usikret gjeld omdannet til langsiktig pantesikret gjeld. Om forholdet skal rammes av § 5-7 mener retten må bero på en helhetsvurdering hvor hensynet til kreditorfellesskapet må veies mot

¹⁰³ Se note 109

¹⁰⁴ Brækhus s. 112

¹⁰⁵ Brækhus s. 112-113

hensynet til långiver. Ved denne helhetsvurderingen legges det blant annet vekt på långivers kunnskap om hvordan pengene skulle benyttes, og at de ble direkte overført til de opprinnelige kreditorer. De ovenfor nevnte unntakene blir følgelig avgjørende. Retten konkluderer med at hensynet til långiver må vike for hensynet til kreditorfellesskapet, og sikkerhetsstillelsen blir omstøtt med hjemmel i § 5-7(1)(a), jfr. annet ledd da långiver blir ansett som debtors nærstående.

Noen autoritative kilder som avgjør spørsmålet finnes således ikke. Spørsmålet må derfor løses på grunnlag av reelle hensyn.

Hensynet til kreditorfellesskapet og oppfyllelsen av omstøtelsesreglenes formål om å unngå en forfordeling av kreditorene, er argumenter som taler for å la § 5-7 ramme sikkerhetsstillelsen. Når den opprinnelige, usikrede gjelden dekkes fullt ut, i tillegg til at den nye långiver får dekning i boet gjennom sin sikkerhet, vil det bli tilsvarende mindre for de øvrige kreditorene. For dem blir situasjonen den samme som om sikkerhetsstillelsen hadde blitt stilt overfor kreditor 1. Dette ville utvilsomt blitt rammet av § 5-7.

På den annen side er det flere argumenter som taler mot å la § 5-7 ramme sikkerhetsstillelsen i disse tilfellene. Hensynet til långiver vil kunne trekkes inn her.¹⁰⁶ Dette vil være et tungtveiende moment mot å la § 5-7 omfatte lånesituasjonen uten at det oppstilles ytterligere vilkår. Debitor vil kunne bruke pengene til hva han måtte ønske. Omstøtelse overfor långiver i de tilfellene debitor tilfeldigvis velger å bruke midlene til nedbetaling av gammel gjeld, vil virke urettferdig og urimelig overfor långiveren. Hensynet til denne vil imidlertid ikke kunne anses avgjørende om anvendelsen av bestemmelsen gjøres avhengig av om forutsetningene i de nevnte vilkårene er til stede eller ikke. Hensynet vil miste sin vekt i slike klare konverteringstilfeller som teorien viser til. I forhold til det andre unntaket må man generelt kunne si at vekten av hensynet til långiver vil reduseres med långivers kunnskap om hva pengene skal brukes til. Hensynet til långiver er

¹⁰⁶ Andenæs s. 272, Huser s. 413

således ikke noe avgjørende moment mot å legge til grunn de nevnte unntakene. En slik tolkning vil imidlertid bidra til en unødvendig komplisering av regelen og medføre vanskelige grensespørsmål.¹⁰⁷ Rettstekniske hensyn taler således imot å legge disse unntakene til grunn. Boet vil dessuten ha mulighet til å omstøte betalingen overfor den opprinnelige kreditor dersom vilkårene i § 5-5 er oppfylt, eventuelt på grunnlag av § 5-9. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, må det også antagelig være mulig å omstøte overfor långiveren på grunnlag av § 5-9. Spesifikt i forhold til det andre unntaket, kan det også anføres at å innføre et slikt subjektivt fundert unntak klart vil være i strid med regelens objektive karakter.¹⁰⁸

Løsningen er etter dette ikke åpenbar. Jeg mener imidlertid at hensynet til långiver stenger for at sikkerhetsstillelsen ubetinget skal rammes av § 5-7. Og regelens objektive og rettsteknisk enkle karakter taler mot at det innfortolkes slike unntak som det er blitt argumentert for av enkelte juridiske forfattere, samt i den ovenfor nevnte underrettsdommen. Jeg konkluderer derfor med at sikkerhetsstillelsen ikke kan rammes av § 5-7. Denne løsningen har også støtte i de nyeste juridiske fremstillinger.¹⁰⁹ Det må imidlertid gjøres unntak for de tilfeller hvor § 5-7 søkes omgått ved at sikkerheten mottas av en proformaeier for den gamle kreditor. I slike tilfeller vil man i praksis skjære gjennom og legge det reelle forhold til grunn, og sikkerhetsstillelsen kan omstøtes i forhold til den reelt begunstigede.¹¹⁰

4.3.3.2 Kan sikkerhetsstillelsen rammes av § 5-9?

Da sikkerhetsstillelsen - med unntak for de nevnte proformatilfellene - ikke kan omstøtes overfor långiver med hjemmel i § 5-7, er dette en disposisjonstype som faller utenfor de

¹⁰⁷ Slik også Huser s. 413

¹⁰⁸ Huser s. 413

¹⁰⁹ Andenæs s.272, Huser s. 411-415. Motsatt Brækhus s. 112-113 og Sandvik s. 45.

¹¹⁰ Rt-1880-198, Huser s. 406-411, Andenæs s. 271

objektive reglene. Om disposisjonen allikevel kan anses utilbørlig i § 5-9's forstand er derfor avgjørende for muligheten til å omstøte i disse tilfellene. I det følgende vil det undersøkes om slike sikkerhetsstillelser kan anses som utilbørlige og således være omstøtelsesverdige etter § 5-9.

For den videre drøftelsen legges det til grunn at sikkerhetsstillelsen er en *disposisjon* som innebærer en *kreditorbegunstigelse*. Dette er ikke tvilsomt.

Spørsmålet er ikke direkte behandlet i forarbeidene, og det er ikke blitt vurdert av Høyesterett. Utgangspunktet for vurderingen av om sikkerhetsstillelsen kan rammes av § 5-9, vil være forarbeidenes krav om at disposisjonen etter en helhetsvurdering må fremstå som *klart kritikkverdig*. Da det ovenfor er blitt konkludert med at denne disposisjonstypen ikke rammes av § 5-7, vil ikke de objektive reglene gi veiledning. Det vil imidlertid være relevant å se hen til momentene som det ble gjort rede for under punkt 2.2.3 ovenfor.

Det klare utgangspunktet er at det ikke er kritikkverdig å motta sikkerhet for å yte lån. At lånet anvendes til nedbetaling av gammel gjeld, vil ikke i seg selv medføre at sikkerhetsstillelsen kan karakteriseres som utilbørlig. Det vil imidlertid kunne stille seg annerledes i slike klare konverteringstilfeller som nevnt ovenfor, samt hvor långiver visste eller burde vite at lånet skulle anvendes til nedbetaling av gammel gjeld. Som fremhevet i punkt 2.2.3.1.1 ovenfor vil kreditors subjektive forhold være et relevant moment ved utilbørlighetsvurderingen. Det må imidlertid antagelig være en forutsetning for å anse utilbørlighetsvilkåret oppfylt i disse tilfellene at kreditor også kjente eller burde kjent til debtors økonomiske vanskelige økonomiske stilling. Også andre momenter fra listen under punkt 2.2.3 vil kunne trekkes inn i graverende retning.

Ser man nærmere på den vurderingen retten foretar i RG-1996-741, er det en slik vurdering som utilbørlighetsvilkåret gir anvisning på som faktisk foretas. Som allerede gjort rede for, blir det lagt avgjørende vekt på at det var tale om en direkte konvertering, samt at långiver visste hva lånet skulle brukes til. I tillegg fremheves långivers uaktsomhet i forhold til

debitors økonomiske stilling. Dessuten fremheves debtors insolvens, og det forhold at disposisjonen medførte at det ble lagt beslag på den vesentligste aktivaposten i boet. Dette er momenter som er relevante ved utilbørighetsvurderingen. Den vurdering som foretas i forhold til § 5-7 kunne altså blitt foretatt med hjemmel i § 5-9.

Etter dette må det kunne konkluderes med at sikkerhetsstillelsen overfor långiver etter omstendighetene må kunne omstøtes med hjemmel i § 5-9. Dette er også antatt av flere juridiske forfattere.¹¹¹

4.4 Disposisjoner som faller helt utenfor de objektive reglene

Også disposisjoner som overhodet ikke kan knyttes opp mot de objektive omstøtelsesregler, kan være utilbørlige og således omstøtelsesverdige etter § 5-9 om de øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt. I det følgende vil det på bakgrunn av sentral høyesterettspraksis og forarbeider bli vist til en del typer disposisjoner hvor dette vil kunne være tilfellet.

4.4.1 Enkelte former for aktivaunndragelser

Aktivaunndragelser som faller utenfor de positivt oppregnede kategorier i §§ 5-2 til 5-4, vil etter omstendighetene kunne være utilbørlige. Forarbeidene fremhever eksplisitt enkelte slike disposisjonstyper.

Generelt påpekes det at det vil kunne være å anse som en utilbørlig aktivaunndragelse om debtors disposisjon innebærer at hans midler formelt eller reelt blir unndratt fra normal

¹¹¹ Andenæs s. 272 og 289, Huser s. 413-414

gjeldsforfølgning.¹¹² Som et eksempel på en *formell* unndragelse nevnes for det første det tilfellet at skyldneren selger fast eiendom mot å få et omfattende føderåd av kjøperen. Eiendommens verdi blir på denne måten byttet mot et gode som bare i begrenset utstrekning vil kunne beslagslegges av debtors kreditorer. For det andre nevnes det tilfellet at debitor tegner en livrenteforsikring eller en vanlig livsforsikring med en betydelig engangspremie. Også en slik disposisjon innebærer at beslagbare midler blir byttet mot beslagfrie, jfr. FAL § 16-1. Som et eksempel på en *reell* unndragelse nevnes det tilfellet at debtors eiendeler blir kjøpt opp, og kjøperen er klar over at debitor er insolvent og at han ved å frigjøre verdier for debitor, er med på å finansiere debtors flukt til utlandet. Likeledes vil det kunne være utilbørlig om den annen parts vederlag finansierer et overdrevent forbruk for debitor.¹¹³ Kreditor blir altså i disse tilfellene gjort ansvarlig for sin medvirkning til å gjøre debtors midler mer likvide, og på den måten gjøre debtors aktivaunndragelse enklere. Alle de nevnte eksemplene er disposisjoner som faller utenfor de objektive omstøtelsesreglene.

4.4.2 Enkelte former for kreditorbegunstigelser

Det må antas at også kreditorbegunstigelser som faller utenfor de objektive reglene, vil kunne oppfylle utilbørlighetsvilkåret i § 5-9. I forarbeidene er det – i motsetning til hva som var tilfellet for aktivaunndragelsene – imidlertid ikke gitt anvisning på noen aktuelle eksempler i så henseende. På bakgrunn av eksempler fra Høyesterettspraksis vil imidlertid to slike disposisjonstyper bli fremhevet i det følgende.

¹¹² NOU s. 298

¹¹³ Huser s. 545-546, Andenæs s. 289

4.4.2.1 Kreditors reduksjon av sitt engasjement overfor kreditor

Det kan stilles spørsmål ved om det etter omstendighetene vil kunne være utilbørlig om kreditor benytter en betaling fra debitor til å redusere sitt engasjement for den senere konkursskyldneren. Dette spørsmålet ble vurdert av Høyesterett i dommen inntatt i Rt-1994-792 (Namtvedt). Denne disposisjonstypen faller åpenbart utenfor de objektive omstøtelsesreglene.

I denne saken var saksforholdet i korte trekk følgende: Comdel AS (den senere konkursdebitor) hadde slitt hele 1987, men fikk i september en avtale med investor Namtvedt som blant annet innebar at han skulle skyte inn 1,4 mill som ny kapital i Comdel. Comdels kassekredittkonto i banken hadde 30. september en negativ saldo på 2,8 mill. I tillit til avtalen med Namtvedt utbetalte allikevel banken 300.000 til dekning av lønninger. Da de 1,4 mill ble satt inn på kontoen 5. oktober, motregnet banken slik at saldoen ble kr 1,7 i bankens favør. Deretter ble grensen for kassekreditten satt ned til kr 2,1 mill. Retten mener det ikke lå noe illojalt i at beløpet ble krevet innbetalt på kassekredittkontoen. *”Det eventuelt utilbørlige måtte knytte seg til at kassekreditten deretter ble begrenset.”* Høyesterett anser det uten videre klart at denne begrensningen sett i sammenheng med den tidligere avskrivningen på kassekreditten var en ”disposisjon” i § 5-9’s forstand.

Etter en konkret vurdering hvor både etterfølgende utvikling og nok i noen grad det som hadde foregått forut for den aktuelle disposisjon blir tatt i betraktning, finner retten imidlertid at disposisjonen ikke var utilbørlig. Det legges avgjørende vekt på at bankens motivasjon ikke var å redde sitt eget tilgodehavende, men derimot å bidra aktivt til en redningsaksjon, jfr. punkt 2.2.3.1.1 ovenfor. Man må derfor kunne forutsette at hvor de konkrete omstendigheter er andre, vil en slik disposisjon kunne være utilbørlig.

4.4.2.2 Oppfyllelse av en kontraktsforutsetning

Det kan stilles spørsmål ved om oppfyllelse av et tyngende kontraktsvilkår vil kunne være utilbørlig. Man vil her kunne være utenfor området for de objektive omstøtelsesregler. Dette spørsmålet ble drøftet av Høyesterett i dommen inntatt i Rt-1995-259 (Palonen).

Saksforholdet i denne dommen var i korthet følgende: Palonen ble ansatt som disponent i en bedrift i økonomiske vanskeligheter. I ansettelsesavtalen ble det bestemt at Palonen skulle ha opsjon på kjøp av det hus bedriften i forveien hadde kjøpt til bruk for ham og hans familie. Prisen skulle være kr 475.000. Opsjonen ble tinglyst etter det pantelån på 800.000 som bedriften opptok for å anskaffe huset. Palonen gjør opsjonen gjeldende, og bedriften foretar en nedbetaling av pantelånet. På denne måten kan Palonen kjøpe huset til avtalt pris ved innfrielse av restlånet i banken i tillegg til overføring av den overskytende del av kjøpesummen til bedriften. Høyesterett deler seg i et mindretall og et flertall. Flertallet kommer frem til at bedriftens nedbetaling av pantegjelden ikke kunne anses som en utilbørlig begunstiging av Palonen. Annenvoterende, som Høyesteretts flertall slutter seg til, fremhever særlig at Palonen hadde gått fra en sikker stilling til den atskillig mer usikre stillingen i debitorselskapet, og at opsjonsavtalen ikke ga Palonen noe mer enn rimelig vederlag for den oppgaven han påtok seg. Selv om hun er enig i at nedbetalingen innebar en forfordeling av Palonen i forhold til de øvrige kreditorene, mener hun ikke disposisjonen kan karakteriseres med *”et så belastende begrep som utilbørlig.”* Videre uttaler hun følgende:

”Selskapet tok sikte på å oppfylle de forutsetningene som lå til grunn for at Palonen skulle ta på seg oppgaven som daglig leder i et økonomisk vanskeligstillet selskap for å gjøre sitt til å bedre økonomien, til beste for selskapet og dets kreditorer. Hans fordring lå innebygget i ansettelsesavtalen, og skulle nettopp sikre ham mot virkningene av at selskapet måtte innstille.”

Om man på bakgrunn av denne uttalelsen kan konkludere med at oppfyllelse av kontraktsforpliktelser generelt ikke vil være å anse som utilbørlig i § 5-9's forstand er imidlertid ytterst tvilsomt. Høyesteretts konklusjon bygger på en svært konkret vurdering, og det er helt spesielle omstendigheter som medfører at disposisjonen ikke blir ansett som utilbørlig, jfr. også punkt 2.2.3.2 ovenfor. Det bør også tas i betraktning at det var en sterk dissens vedrørende spørsmålet. Avgjørelsen har i tillegg til dels blitt sterkt kritisert i den juridiske teori.¹¹⁴ I denne forbindelse kan det være grunn til å stille spørsmålstegn ved at flertallet ikke legger vekt på relevante momenter som graden av debtors økonomiske problemer, samt den tilgodesettes nære forhold til debitor, jfr. henholdsvis punktene 2.2.3.3 og 2.2.3.4 ovenfor. Antagelig kan man konkludere med at det skal nok så mye til for at utilbørlighetskarakteristikken ikke skal anses treffende hvor en påtatt tyngende kontraktsforpliktelse oppfylles på et tidspunkt hvor de økonomiske vilkår i § 5-9 er oppfylt, og oppfyllelsen medfører en forfordeling mellom kreditorene.¹¹⁵

4.4.3 Gjeldsforøkelser

Det tredje alternativet i § 5-9, nemlig ”disposisjoner som på en utilbørlig måte (...) forøker skyldnerens gjeld”, har så langt ikke blitt gjort til gjenstand for drøftelse i avhandlingen. Praksis viser – som allerede påpekt - at omstøtelse av gjeldsforøkelser ikke er særlig praktisk. Dette har naturligvis sammenheng med tapsvilkåret i § 5-9. En gjeldforøkelse vil jo som regel samtidig øke debtors aktiva tilsvarende. Utilbørlighetsvilkåret innebærer også naturligvis en begrensning med hensyn til omstøtelsesmuligheten.

Ingen av de objektive omstøtelsesregler retter seg eksplisitt mot gjeldforøkelser. De disposisjoner som rammes av dette alternativet, vil således formodentlig falle utenfor de objektive reglene. I forarbeidene fremheves imidlertid som eksempel på en utilbørlig gjeldsforøkelse ”*gjeldsstiftelser som skjer uten at debitor får noe vederlag, f.eks. hvor*

¹¹⁴ Reusch s. 839-840, Tjaum, Barbo s. 199-200

¹¹⁵ Slik også Falkanger s. 131

debitor som en vennetjeneste kausjonerer eller helt overtar ansvaret for tredjemanns gjeld.”¹¹⁶ Gavedisposisjoner vil således kunne omfattes, og man vil kunne gjøre en jevnføring til § 5-2. Foruten dette eksempelet vil de disposisjoner som henføres under dette alternativet etter sin art være disposisjoner som faller utenfor de objektive omstøtelsesregler. Et eksempel vil være en gjeldsstiftelse som ikke øker debitors aktiva tilsvarende, men hvor disposisjonen ikke kan karakteriseres som en gave.¹¹⁷ I forarbeidene nevnes også det tilfellet at debitor tar opp et lån og lånyteren var klar over at debitor vil bruke pengene til å finansiere sin flukt til utlandet.¹¹⁸ Sistnevnte eksempel hviler på samme grunnlag som de reelle aktivaunndragelsene det ble gjort rede for i punkt 4.4.1 ovenfor.

4.5 Oppsummering

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, vil også disposisjonstyper som faller utenfor de objektive reglene kunne omfattes av utilbørighetsvilkåret. Dette innebærer følgelig en generell utvidelse av anvendelsesområdet for den subjektive omstøtelsesregel sett i forhold til de objektive. Her blir imidlertid utgangspunktet for vurderingen et annet enn under punkt 3. Hvor disposisjonen etter sin art faller innenfor en objektiv regel, vil man – om enn med enkelte unntak – ha dette som et tungtveiende moment for utilbørighet. Faller disposisjonen på den annen side utenfor, har man intet tilsvarende moment å ta utgangspunkt i. Resultatet i den konkrete sak fremstår således som mer usikkert her.

¹¹⁶ NOU s. 298

¹¹⁷ Huser s. 546

¹¹⁸ NOU s. 298

5 Avslutning

5.1 Konklusjon på problemstillingen

Gjennomgangen ovenfor viser at det vanskelig kan konkluderes med at utilbørighetsbegrepet ensidig innebærer en utvidelse *eller* en innsnevring av kretsen av omstøtelige disposisjoner sammenlignet med de som kan omstøtes etter de objektive regler. Som vist under punkt 3, vil gruppen av disposisjoner som er å anse som utilbørlige i § 5-9's forstand i nokså stor grad overlappe med de disposisjoner som etter sin art rammes av de objektive regler, men dette gjelder ikke uten unntak. Noen fullstendig overlapping er det derfor ikke tale om. Utilbørighetsvilkåret innebærer i den forstand en viss innsnevring av gruppen av omstøtelige disposisjoner sammenlignet med de som kan omstøtes etter de objektive regler. Av gjennomgangen under punkt 4 fremgår det imidlertid at også disposisjoner som etter sin art faller utenfor de objektive regler, vil kunne være utilbørlige. Dette innebærer følgelig en utvidelse av kretsen av omstøtelige disposisjoner etter den subjektive regel sammenlignet med de objektive.

5.2 Avsluttende betraktninger

Dekningslovens bestemmelser om vilkår for omstøtelse består av et nokså sammensatt og ikke helt ukomplisert sett av regler. Dette settet av regler skal som nevnt i punkt 1.1.1 ivareta hensynet til likebehandling av debtors alminnelige kreditorer, samt motvirke boforringende disposisjoner fra debtors side når han er i en økonomisk situasjon som medfører at han i realiteten driver for sine kreditors regning. Dette er ment å skje ved reglens to hovedfunksjoner; den *gjenopprettende* og den *preventive* funksjon. I det følgende vil det bli vurdert i hvilken grad utilbørighetsvilkåret slik det er utlagt ovenfor bidrar til en slik gjenoppretting og prevensjon.

Hvor en disposisjon har medført en forfordeling av kreditorene eller en forringelse av debtors formuesstilling, vil full gjenoppretting bare kunne skje der boet får medhold i sin påstand om omstøtelse med hjemmel i § 5-9. Som nevnt er virkningen ved omstøtelse etter de objektive regler mer begrenset. Og er man utenfor de relativt korte fristene i disse reglene, er muligheten for en slik begrenset gjenoppretting også avskåret. Høyesterett har imidlertid satt utilbørlighetsterskelen nokså høyt, jfr. særlig Rt-1995-259 (Palonen) hvor annenvoterende, som Høyesterett flertall slutter seg til, som nevnt fremhever at utilbørlighetsbegrepet er så belastende at det må vises varsomhet ved benyttelsen av det. Ordlyden åpner for en slik tolking, og den har utvilsomt støtte i uttalelsene i forarbeidene om at vilkåret bare vil ramme de disposisjoner som er ”*klart kritikkverdige*.” Denne tolkingen stenger imidlertid for gjenoppretting. I denne forbindelse er det også av betydning at § 5-9 er ment å gi en uttømmende regulering av ansvaret for debtors medkontrahent utenom de objektive regler. Dette fremgår av forarbeidene.¹¹⁹ Alminnelige culparegler kan således ikke anføres ved siden av eller i stedet for § 5-9. Dette vil kunne være et argument mot å legge listen så høyt som Høyesterett har gjort.¹²⁰ Gjenopprettingssynspunktet taler følgelig for at utilbørlighetsterskelen senkes noe.

En forutsetning for den preventive funksjon er at aktørene kjenner til regelen og dens innhold. Ved at hva som rammes av utilbørlighetsvilkåret beror på en helhetsvurdering fra rettens side, og således må sies å være noe uforutsigbart, svekkes denne funksjonen. Prevensjonssynspunktet taler således for at rammen for de utilbørlige disposisjoner i noen grad ble tydeligere fastsatt. Men utilbørlighetsvilkårets svært skjønnsmessige karakter, setter imidlertid grenser for hvor klare rammene for vilkårets innhold kan gjøres. Både lovens ordlyd, forarbeider og rettpraksis må kunne sies å skissere en gråsone av disposisjoner som etter omstendighetene vil kunne være omstøtelige. Og lengre enn dette er det antagelig ikke mulig og heller ikke ønskelig å komme. I denne forbindelse er det viktig å ha i mente at § 5-9 er ment å være et supplement til de objektive regler. I disse reglene er

¹¹⁹ NOU s. 299

¹²⁰ Reusch s. 836

graden av klarhet og forutberegnelighet atskillig større, og må følgelig antas å medføre en bedre prevensjon mot omstøtelsesverdige disposisjoner.

Oppsummeringsvis: Det er åpenbart at utilbørighetsvilkåret innebærer at § 5-9 blir mindre effektiv mht oppfyllelse av formålet med omstøtelsesreglene. Dette kan imidlertid ikke anses som noen avgjørende innvending mot vilkåret som sådan, og heller ikke uforbeholdent mot det innhold man må tolke inn i det ut fra de øvrige rettskildefaktorer. Utilbørighetsvilkåret gjør § 5-9 til en utviklingsdyktig regel. Den muliggjør også at andre hensyn, heriblant omsetningslivets interesser samt debitors medkontrahents interesser generelt, blir ivaretatt. Retten vil kunne treffe den beslutning som etter en helhetsvurdering fremstår som den rimeligste. Det vil imidlertid være spennende å se om Høyesterett kommer til å holde på den strenge linjen fra Palonen-dommen.

6 Registre

6.1 Lovforarbeider

- NOU = NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs
- Ot.Prp.= Ot.prp. nr. 50 (1980-81) Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldforhandlings- og konkurslovgivning m.m.

6.2 Domsregister

Høyesterettsavgjørelser:

- Rt-1926-657 (Beyer Olsen)
- Rt-1932-662
- Rt-1933-1265 (Ringen)
- Rt-1966-636 (Vesta)
- Rt-1967-993 (Slotfeldt-Ellingsen)
- Rt-1970-52 (Ulstein Bruk)
- Rt-1982-1232 (Ruud&Ziener)
- Rt-1986-889 (Eastco)
- Rt-1987-7
- Rt-1988-1327 (Reksten)
- Rt-1991-653
- Rt-1993-289 (Gamvikfisk)
- Rt-1994-792 (Namtvedt)
- Rt-1995-222 (Direkte reklame)
- Rt-1995-259 (Palonen)
- Rt-1997-1623 (Royal Christiania)
- Rt-2001-1136 (Kjells Markiser)

Underrettsavgjørelser:

- RG-1973-442
- RG-1990-83
- RG-1991-1038
- RG-1992-498
- LE-1992-2392
- RG-1993-212
- LF-1994-428
- LF-1994-613
- LA-1994-885
- LB-1994-1026
- RG-1996-741
- LG-1996-1442
- LH-1998-202
- LH-1999-871
- RG-2000-1579
- LB-2000-3552
- LB-2004-13673
- LB-2005-4046
- RG-2006-8
- LA-2006-120575

6.3 Litteraturliste med forkortelser

- Huser = Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling & Konkurs. Bind 3: Omstøtelse*. Bergen, 1992.
- Andenæs = Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 2. utgave. Oslo, 1999
- Sandvik = Sandvik, Tore. *Lærebok i materiell konkursrett*. Bergen, 1985.

- Brækhus = Brækhus, Sjur. *Konkursrett utvalgte emner*. Oslo, Bergen, Tromsø 1970.
- Tjaum, = Tjaum, Arne og Jan Einar Barbo. *Dommer i materiell konkursrett*.
Barbo *Med kommentarer*. 2.utgave. Oslo, 1995.
- Lennander = Lennander, Gertrud. *Återvinning i konkurs*. 2. utgave. Stockholm, 1994.
- Hagerup = Hagerup, Francis. *Konkurs og akkordforhandling*. 4. utgave. Oslo, 1932
- Falkanger = Falkanger, Thor. *Utlørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9*.
Jussens Venner 1998 s. 105-131 (Sisert fra lovdata.)
- Reusch = Reusch, Christian H. P. *To høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-9 – noen betraktninger*. Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august - 1997 s. 831-843.
(Sisert fra lovdata.)
- Johansen = Johansen, Johnny. *Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse*.
Lov og Rett 1996 s. 233-243. (Sisert fra lovdata.)
- Sæbø = Sæbø, Rune. *Generalklausulene i formuerettslovgivningen i et rettskildeperspektiv*. Jussens Venner 1996 s. 313-325. (Sisert fra lovdata.)

